

[Faint handwritten text]

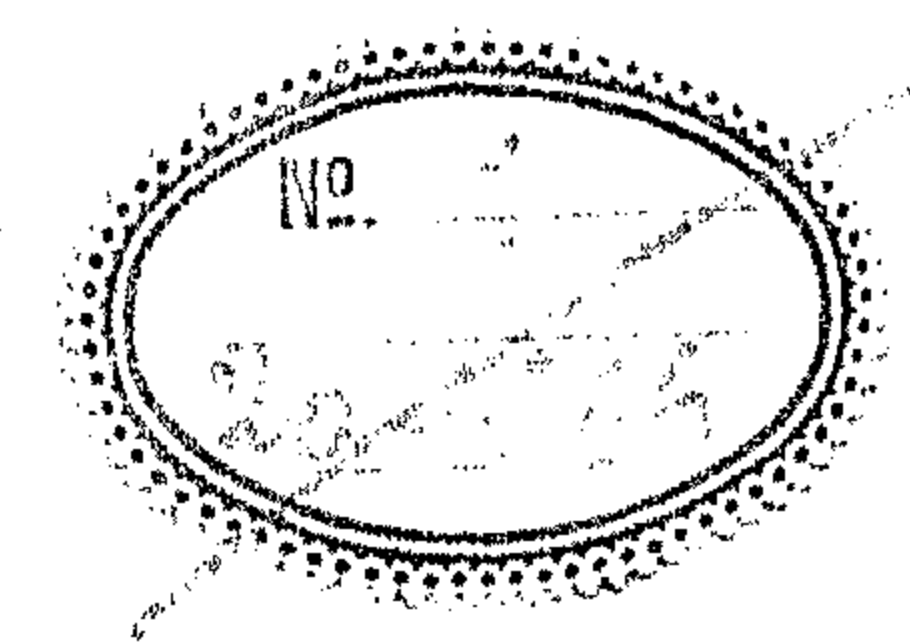
3

25-71

[Handwritten notes in a box]
65

2 400 40  MADE IN SPAIN





[Faint, illegible handwritten text]

3

25-71

65

D. D. HIERON.

DE+OROZ,+

JURISCONSULTI,

+D E+2

+A P I C I B U S+3

JURIS CIVILIS.



7-10058

DE
APICIBUS
JURIS CIVILIS
LIBRI QUINTUS

IN QUIBUS FERÈ DUO MILLIA TEXTUUM
Ejusdem Juris, vel ex Professo noviter explicantur, vel ex aliqua
speciali nota obiter illustrantur.

Autore D. D. HIERONYMO DE OROZ,
J. C. Burguetensi in Regno Navarræ Collegii Majoris Sanctæ Crucis
in Pinciana Academia olim clamide purpurato, in eadem Universitate
Institucionum, postea Clementinarum, Digesti veteris, Sexti, &
Vespertinæ Canonum Cathedræ Moderatore: Nunc verò in percelebri
Pinciano Senatu Consiliario Regio, & acerrimo criminum Vindice Fiscali.

Opus sanè duplici fertilissimo Indice, altero Legum, quæ in toto Volumine enodantur, altero
denique Retum, quæ accuratè observantur locupletatum.

NUNC PRIMUM IN LUCEM PRODIT.
Es de la Libreria del Mayor, y el Colegio de Sta Cruz de la Fe de Granada.



LUGDUNI,
Sumptibus DEVILLE FRATRUM, & CHALMETTE.

MDCCLXXIII
CUM APPROBATIONE ET PERMISSU.



ILLUSTRISSIMO HEROI,

Et toto orbe celebratissimo Viro Jurisprudentiæ sine Æmulo Principi

D. D. JOSEPHO GONZALEZ,

JACOBEÆ MILITIÆ STEGMATÆ

RUBRICATO, A CONSILII MAGNI N. PHILIPPI IV.

Ejusdemque sub Augustæ Cancellariæ folio Pinciano olim acerrimo Fiscali, indèque idem obeunti munus in Curia Carcerem evecto, nunc in Regio Castellæ, & Camera Senatu Hispaniæ Oraculo, Supremo Sanctæ Inquisitionis incorruptæ Fidei conservatori, & in Regii Ærarii fidissimo Consilio Præsidi vigilantiss. Postremò verò Indorum Consilio Præsidi meritissimo:

S A L U T. ET Æ T E R N. F E L I C I T.



UTAT communis, & fallax scriptorum credulitas (Illustrissime Princeps, Domine colendissime) veteres Juris Interpretes tam admirabili diligentia, ingenii que facunditate omnia pertractasse, ut nihil nunc à nobis scitè, & sapienter dici possit nisi illud reperamus, quod prius ipsi dixerunt. Sed meo judicio miserimè labuntur: *Dedit enim omnibus Deus pro virili portione sapientiam, ut & inaudita investigare possent; & audita perpendere.*

Lact. Filiam. divini. instr. lib. 3. cap. 8.

Nec quia nos illi temporibus antecesserunt, sapientia quoque antecesserunt: quæ si omnibus equaliter datur, occupari ab antecedentibus non potest. illabilis est tanquam lux, & claritas Solis: quia ut Sol oculorum, sic sapientia lumen est cordis humani. Quare cum sapere, id est veritatem querere omnibus sit innatum, sapientiam sibi adimunt, qui sine ullo judicio inventa majorum probant; & ab aliis pœdum more ducuntur. Docta enim non sunt omnia, quæ à doctissimis viris profiscuntur: nec humanæ imbecillitatis conditio patitur adeò perfecte unumquemque scribere, ut nihil unquam prætermittat, & nunquam à veritate aberret. Quare ita Jurisprudentiam pertractare cæpi; ut ex alieno judicio pendere nollem nisi ejus, qui præter vanam nominis ostentationem, rationis potissimum auctoritatem præferret. Deinde alia etiam honestissima causa me ad hoc impulit: nam cum non solum ex voto, sed etiam ex debito isti quinque Libri de Apicibus Juris, tibi, quasi numini suo, consecrandi essent, inverecunda certè, & indecora voti, & debiti exolutio futura foret, si tantum Veterum documenta mutato solum Authoris nomine persolverentur ex eo quod nihil solvat, minusque voveat qui de alieno patrimonio ad exsolvendum præcipit: Undè cum nollem ut objiciente aliquo in me retorqueatur illud Poëte dictum:

Munificum largitorem te Sixte satemur,
Qui tua ne tantum des aliena rapis.

Antoni Fab. in Epist. dedicat. lib. 2. conjec.

Paucissima in hoc opere reperies, quæ noviter excogitata à nobis non sint, & jure domini, quo omnia nostra vindicare potes, tibi retribuenda.

Cæterum quamvis justissimè verear ne exiguo hoc munere offendaris (non enim nisi magna maximis vovenda sunt viris) tamen Artaxerxis magni Persarum Regis exemplo quiesco, cui iter facienti cum donaria certatim ferri ab omnibus, rusticus quidam videret, ipse utraq; cava manu de proximo flumine haustam aquam, quia aliud, quod largiretur, non habebat, obtulit; idque Rex jucundissimè accepit: magnus enim Principis animus, non quantum hoc esset, quod dabatur, sed quale, & qua mente datum æstimabat. Sic etiam cum nihil tua magnitudine dignum à me offerri possit, de regio more tuo fidenter spectro; quod oblatum tibi

manusculum hoc propitiis oculis intueri non dedignaveris, benevolentia namque, & clementia tua, quæ tibi superos adæquat ut Claud. tradit.

Sola Deos æquat clementia nobis.

Numquam pretium doni, sed donantis affectum, & reverentiam respicit, quæ in nobis erga te alta refurgit.

Lact. Firm.
divin. instit.
lib. 3. cap. 4.

Livius lib.
39.

Denique (ut de te aliquid loquar) tam altum sese expandit generis, & virtutum, quas illustras, pelagus, ut ad eas accedere reverenter recuset calamus ideò animo tantum venerari te, non verò nec cogitatione mentis intueri eas ausim; ne toto splendore tui lumine objecto mens nostra (quantumvis feliciter) incipiat caligare. Et solum dote edoctus à Livio dicam in hoc viro tanta vis animi, ingenii que fuit, ut quocumque loco natus esset, fortunam sibi ipsi facturus fuisse videretur: nulla ars neque privata, neque publica rei gerenda ei defuit. Ad summos honores alios scientia juris, alios eloquentia eveit, huic versatile ingenium sic pariter ad omnia, ut natum ad id unum dices quocumque ageret constantissimus. Idem in pace si jus consuleres, peritissimus: si causa oranda esset, eloquentissimus: & non solum accusando, sed etiam causam dicendo fatigavit inimicos. Simulatas nimio plures, & exercuerunt eum, & ipse exercuit eas: nec facile dixeris utrum magis prefferit eum nobilitas: an ille agitaverit nobilitatem.

Meritò ergo (Princeps venerande) sub auspiciis tuis benevolis opus hoc lucem tranquillam tutè respicere intendit, ut te illud accipiente, & probante summa laus ei, nobisque commodari queat: quia ut ille testatur.

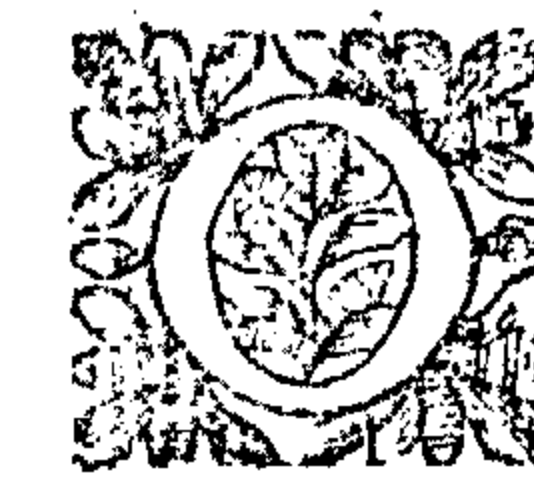
Principibus placuisse juris non infirma laus est.

Altera etiam spes omnibus, qui tenuerunt, gratissima ad deprecandam tui favoris gratiam me leniter cogit; nempe illa mirabilis quædam facilitatis tuæ cum gravitate mixtura, & temperies tam apta, ut qui dignitatem in te veneramur, mansuetudinem quoque valde amemus. Ita est. Habet illecebram temperata majestas, incredibilem in te suavitas majestatem. Mihi inter cætera uterque ille radius ita opplevit oculos, ita menti illapsus est, ut nisi hos libros de Apicibus Juris Civilis, tanquam tuum tibi patrimonium restituerem potius, quam voverem, tibi maximum aliquid de tuo sublatum arbitrarer. Vive diu felix, & Deus Optimus Maximus votis nostris clementer annuens diutissime sospitem servet communi literatorum bono, literarum incremento, & Reipublicæ.

Tuæ Celsitudini Addictissimus Licentiat.
DON HIERONYMUS DE OROZ.



AD LECTOREM.



SOLO falsa humilitatis ostentatione (prudentissime Lector) vanam gloriam, uti frequenter fieri solet, simulatè cupiens me omnia ignorare profiteri: nam prudentis hominis illud proprium est, ut neque se omnia scire putet, quod Dei est, neque omnia nescire quod pecudis est? Est enim aliquid medium quod sit hominis, id est scientia cum ignoratione conjuncta, & temperata. Scientia in nobis ab anima est, quæ oritur ex coelo; ignotatio à corpore, quod est è terra. Undè nobis, & cum Deo, & cum animalibus est aliqua communitas: ita quoniam ex his duobus constamus elementis, quorum alterum luce præditum est, alterum tenebris, pars nobis data est scientiæ, pars ignorantia. Quare cum nemo tam stultus esse credatur ut putans se nihil scire in publicum ineptias suas scribendo proferre velit, nisi & eas dissimulare nesciat, quod esset pars ignorantia videnda, semper credi debet eum, qui aliquid scriptum sub prelo exhibet de se credere ea, quæ deducit, non ignorare: quæ presumptione si temperate utatur, opus facit jure quocumque prudentissimo dignum: nam scientia, quam aliqui antiquitus (licet falsò) summum bonum esse crediderunt, proprium munus hominis est, ideò qui eo munere fruuntur edocendo publicè, ut apertius ad veritatis culmen evchamur, apud probos & ingeniosos viros summopere laudari merentur. Continuus namque sapientiæ stimulus est, ut in ipsa scientia nemo sapiens requiescat: Quis enim scire contentus est, non expetens aliquem fructum scientiæ? Artes ideò dicuntur ut exerceantur; exercentur autem vel ad subsidia vitæ, vel ad voluptatem, vel ad gloriam. Quapropter & nos, qui per spatia multorum annorum assiduè confatigatione Jurisprudentiæ volumina evolimus, quos fructus assequutissimus in his libris de Apicibus Juris Civilis, ostendere intendimus, ne sapientiæ nostræ (si aliqua est) sine stimulis gloria apud nos ipsos semimortua sepeliatur. Ideò quicumque sit, benevole Lector, si quid minus eruditè, ac doctè scriptum inveneris, ob ipsius Jurisprudentiæ majestatem absque supercilio modestè corrige, ut tuam non solum sapientiam miremur, sed etiam benignitatem, & prudentiam laudare, & imitari desideremus. Unum hos te admonere volo, hoc quinque Libros me scripsisse donec existens alumnus in celeberrimo Collegio Sanctæ Crucis Pintianæ Academia patienter spectabam tempus gradatim ad oppositionem, Cathedrarum quos tibi in laborem illius ævi offero: & protestor, si aliquando tranquillioram vitam egero, quàm nunc ago in Senatu Pinciano Consiliarius Regius, & criminum Vindex fiscalis, alia opera practicabilia ad commune Pragmaticorum como damme fore prestiturum. V. A. L. E.

Lact. Firm.
mian. di-
vin. instit.
lib. 3. cap. 4.

Idem dicitur
lib. cap. 2.

Supplico al Señor Don Antonio de Feloaga se sirva dar su censura en esta Obra.
Madrid 20. de Abril 1653.
DON RODRIGO DE MANDIA Y PARGA.

JUDICIUM D. ANTONII DE FELOAGA, ET OZCOYDI,
Equitis Jacobei, Eminentissimi Archiepiscopi Toletani, & maximo orbis Salmantino Col-
legio olim purpurati ejusdem urbis, & in principe Academia post Decretalium, Clemen-
tinarumque Cathedras, Vespertinae Legum antiquioris, ac perpetui Antecessoris Magni
nostri philippi IV. à consiliis primum in Fiscali Praefectura in amplissima Vallisoleti,
Chancellaria deinde Senatoris ibidem, nunc autem apud Suprema Regalis Patrimonii
subsellia Caesaris Vindicis.

EX commissione clarissimi viri D. Roderici de Mandia, & Parga in Primate Dicc-
cesi Toletana generalis Vicarii hoc de Apicibus Juris Volumen in quinque Libros
tributum laboratissimè elucubratum à D. Hieronymo de Oroz, Eminentissimi Hispaniarum
Cardinalis dignissimotogato in majori Vallisoletano Collegio, ac in Regali
ejusdem civitatis Universitate Institutionum Imperialium subtilissimo Moderatore,
evolvi manu, lustravi oculis, meditatus sum animo, ut mente pariter ac sensibus to-
tus in admirationem illaberer tam luculenti operis, suspiciens in illo Cujacianam judi-
cii dexteritatem, & Fabrianum acumen ingenii Praeexcella quidem scholasticae juris-
prudenciae arex, ars conspicua emicantior consurgit, ac sublimior his Apicibus fasti-
giata, his stellata luminibus, quae si velita polceret instituta tractationis objectum,
Catholicae foret propugnaculum fidei, frugaliumque morum asyllum. Sic reor, obtes-
torque Matriri die 7. Maii ann. 1653.

DON ANTONIUS DE FELOAGA.

Nos el Doctor Don Rodrigo de Mandia y Parga, Electo Obispo de Syria, y Vi-
cario d'esta villa de Madrid, y su partido. Por la presente, y por lo que à Nos
toca, Damos licencia para que se pueda imprimir, y imprima un Libro intitulado,
De Apicibus Juris Civilis, Compuesto por el Licenciado Don Geronimo de Oroz, Co-
legial de el Mayor de Santa Cruz de Valladolid, y Cathedratico de Instituta en la
Real Universidad de la dicha Ciudad, y atento no tiene cosa contra nuestra santa Fée
Catholica, y buenas costumbres. Dada en Madrid à siete dias de el mez de Mayo
de mil y seis cientos y cinquenta y tres años.

DON RODRIGO DE MANDIA Y PARGA.

Por mandado de su S. A.

JUAN DEL CAMPO, Escrivano publico Apostolico.

Censura D. Petri de Velasco, Prothonotarii Apostolici, à sacris privatis Potentissimi Regis
nostri Catholici, & Capelle Regiae Judicis Ordinarii.

Hunc De Apicibus Juris in quinque dispersum libros, exactissimè disentum, la-
boriosissimus elucubratum à D. Hieronymo de Oroz in Vallisoletano Eminentis-
simi Hispaniarum Cardinalis Collegio majori allecto, & in publica ejusdem Civitatis
Academia Institutionum Imperialium cathedrae moderatore dignissimo, jussu Supremi
Senatus legi, & perlegi diligenter Opus solo nomine commendabile utpote in quae
nihil tutum, nihil obvium promittitur, sed quae acutissimam mentis actionem expos-
cunt; & profecto ea est industria, & eruditio scriptoris, ut abstrusa haec, & quae
hucusque latebant mysteria, ex intimis, & sacratioribus Jurisprudenciae penetrali-
bus, eruta cernamus. Quapropter typis evulganda censeo, quae communium professorum
hujus artis utilitati profutura, regulis nostrae fidei, pietati, & bonis moribus ubique
consona, Jure meritoque propediem, publicam lucem efflagitant, ita testor, profi-
teorque Matriri à 6. Maii 1653.

Lic. D. PETRUS A VELASCO.



ELENCHUS SINGULORUM CAPITUM, Quæ in his quinque Libris de Apicibus Juris Civilis continentur.

EX LIB. I.

C APUT 1. de Authore regulae Catonianae, de definitione regulae in communi, & quare dicatur titulus ff. de regulis juris antiqui. pag. 1.	
Cap. 2. Quid constituatur per regulam Catonianam? 2.	
Cap. 3. An seruo herede instituto, rectè domino lega- tur? 9.	
Cap. 4. An regula Catoniana de necessitate fuerit intro- ducta, an ex abundanti? 12.	
Cap. 5. an patre herede instituto legari possit filiofami- liar & an filius familiaris jure ff. siisset capax ac- quisitionis? 15.	
Cap. 6. prosequitur, & deciditur quaestio proposita in capite precedenti. 29	
Cap. 7. regula Catoniana an ad legata omnia perti- neat? 31	
Cap. 8. an legatum debiti puri, quod creditori legatur per regulam Catonianam irritetur? 41	
Cap. 9. an regula Catoniana pertineat ad hereditates, & an sic rectè concipiatur quaestio haec? 50	
Cap. 10. an regula Catoniana pertineat ad hereditates? subtilissimè disputatur. 57	
Cap. 11. an regula Catoniana pertineat ad tutelae testa- mentarias? 75	
Cap. 12. an regula Catoniana cum jure accrescendi sta- re possit? 77	

EX LIB. II.

Caput 1. nova interpretatio text. in l. si pignore 22. §. si pædo 2. ff. de pign. act. qui ab Ant. Fabri emen- datione immunis servatur. 97	
Cap. 2. traditur nova, & vera interpretatio verbo- rum, quia hoc jure utimur ut jurisgentium sit ac- ceptilatio text. in l. an inutilis §. ultim. ff. de ac- ceptil. 99	
Cap. 3. explicatur egregiè text. in l. si creditor §. ult. ff. de distract. pignor. 106	
Cap. 4. singularis interpretatio traditur ad l. 1. §. per hanc actionem 2. ff. de reivindicat. 110	
Cap. 5. vera interpretatione illustratur text. in l. co- gnitionum §. §. consumitur 3. ff. de extraord. co- gnit. 114	
Cap. 6. singulari interpretatione explicatur text. in l. ult. ff. de cond. cau. dat. cau non secu. & concilia- tur cum l. naturalis §. §. a. ver. sed si scyphos ff. de praescript. verb. 120	
Cap. 7. An constitutio Divi Marci ad Ausidium Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.	

Vellorum pertinuisse ad eos servos qui dabantur ex lege ut manumitterentur? 137	
Cap. 8. explicatur text. in l. pen. ff. de cond. cau. dat. cau. non secu. & conciliatur cum l. dominus ff. de pre- script. verb. 140	
Cap. 9. explicatur egregiè text. in l. 1. ff. de legat. 2. nondum ab interpretibus satis rectè intellectus. 144	
Cap. 10. explicatur text. in l. partis 10. ff. de praesc. verb. 157	
Cap. 11. interpretatur text. in l. si quis 7. & seq. ff. de usufr. accresc. 167	
Cap. 12. interpretatur text. in l. si mulier 8. ff. de usufr. accresc. 167	
Cap. 13. in concordiam noviter reducuntur Africanus in l. cum quis 38 ff. de solution. & Papinianus in l. Stichum 95. §. ulum 95. §. ulum fructum 6. ff. eod. tit. 170	
Cap. 14. recitatio solennis ad §. erat olim inst. de do- nationib. pro nostris habita in percelebri Pinciana Academia ad obtinendam institutionum Cathedram, quam obtinimus. 179	

EX LIB. III.

Caput 1. An titulus de praesc. verb. & in fact. action. correspondeat ordini omnium actionum, quae ex qua- cumque causa in jure nascuntur? Et qui dicatur con- tractus incertus & an certam contractus incerti ha- beant formam, ex qua nascatur directa actio an verò utilis? 188	
Cap. 2. de actionibus ex facto vel non facto provenien- tibus, an etiam de his rectè dicatur esse praescriptis verbis actiones? 195	
Cap. 3. de actionibus in factum. 199	
Cap. 4. an conditio utilis, vel actio in factum concur- rat cum actione praescriptis verbis: & hac an dire- cta sit, an verò utilis? 202	
Cap. 5. de divisione contractuum innominatorum: & de contractu, do ut des. 211	
Cap. 6. an ad hoc contractum, do ut des, referenda sit species, l. ob eam causam ff. de praescript. verb. an, ut interpretes credunt, ad contractum, facio ut fa- cias. 218	
Cap. 7. de alijs speciebus contractuum innominatorum re- ferendis ad contractum, do ut des. 224	
Cap. 8. explicatur text. in l. rogasti 19. & aliae leges ff. de praesc. verb. continentur species, do ut dies 229	
Cap. 9. de contractu, do ut facias, & de speciebus, quae ad illud genus referenda sunt in hoc nostro titulo de praesc. verb. 227	
Cap. 10. de contractu, facio ut des. 250	
Cap. 11.	

Index omnium locorum

Cap. 11. de contrah. facio ut facias. 251
 Cap. 12. an transactio contractus innominatus sit? & ad quod genus contractuum innominatorum referenda sit? 256
 Cap. 13. de aliquibus speciebus tir. præf. verb. in quibus datur tantum actio in factum. 264

EX LIB. IV.

Caput 1. De possessionis etymologia, & notationibus 268
 Cap. 2. De natura possessionis, & ejus recta diffinitione 270
 Cap. 3. Quinam sibi suoque nomine vel alteri, & alieno nomine possident? 274
 Cap. 4. Quare fructuum, & similes quos diximus sibi suoque nomine possidere, in aliquibus legibus possidere negetur: item qua, & quoruplex sit earum legum explicatio? 278
 Cap. 5. An fructuarius, & ceteri supra enumerati naturaliter tantum an etiam civiliter possident? Et quam passim civilis, & naturalis possessio ab interprecibus diffiniatur. Item an possessio civilis, & etiam naturalis animo retineri, & iusta esse possit? 285
 Cap. 6. possessione bona, & mala fidei; iusta, & iniusta. 292
 Cap. 7. agitur de quibusdam aliis possessionis speciebus. 299
 Cap. 8. De commodatibus possessionis ratione fructuum, quos bona vel mala fidei possessor perceperit. 302
 Cap. 9. De specialibus aliis possessionis commodatibus quoad dominorum acquisitionem; quoad usum interdictorum, & aliarum utilitatum. 308
 Cap. 10. An duo, vel plures in solidum unam, & eandem rem, uno & eodem tempore tam civiliter, quam naturaliter possidere? 315
 Cap. 11. Quorum rerum possessio acquiri non possit, & per quas personas ipsa acquiratur? 320
 Cap. 12. Quibus modis, atque mediis acquiratur possessio? 327
 Cap. 13. de modis, & mediis retinendæ, & amittendæ possessionis. 333
 Cap. 14. de probatione possessionis, & nonnullis aliis questionibus ad extremam hujus tractatus cognitionem pertinentibus. 341

nem pertinentibus. 341

EX LIB. V.

Cap. 1. explicatur difficilis text. in l. cum tabulis 16. §. quoniam 1. ff. de his, quæ ut indg. auferunt: 345
 Cap. 2. explicatur elegans Papiniani responsum in l. mulier 74. ff. de condit. & demonstrat. 346
 Cap. 3. explicatur Papinianus in l. cum tale 72. in princ. & §. 1. & in l. pater Severinam 101. §. servus 3. d. tir. in quibus locis secum ipse pugnare videtur? 349
 Cap. 4. singulari interpretatione illustratur. l. Iulianus 60. ff. de condit. ind. b. 354
 Cap. 5. explicatur text. in l. quod Nerva 32. ff. de pos. sit. §. I. Justinianus in §. ult. instit. quib. mod. re contrah. obligat. & uterque ab emendatione Anton. Fabri vindicatur. 359
 Cap. 6. traditur vera, & speciosissima ratio quare. l. 1. 2. tabul. sui familias non concesserit testandi potestatem? 368
 Cap. 7. ostenditur corruptum esse textum l. qui coetu §. qui vacantem 2. ff. ad l. lul. de vi public. deinde interpretatur, posterius occasione traditur Imperatorem Justinianum gloria cupidum multis institutum locis sibi adrogare iniis iurium, qua ante eum per Consulatos statuta erant. 372
 Cap. 8. explicatur antinomia insuperabilis, in l. 1. §. denique 1. ff. de usufr. accresc. & l. & Proculus 20. ff. de legat. 2. & inter l. cui fundus in fin. & in l. qui heredi 44 §. si duorum 8. ff. de condit. & demonstrat. 383
 Cap. 9. defenditur Florentina lectio in l. si mandatu 45. §. quod mihi ff. mand. 389
 Cap. 10. an ex l. Falcidia heredi retentio tantum quarta detur, an etiam alio? 390
 Cap. 11. explicatur text. in l. 1. §. ultim. ff. ad leg. Falcid. 397
 Cap. 12. explicantur Pauli verba in l. filius familias 18. in princ. fieri hereditatem aditione ejus, & in §. fin. si que hereditas post restitutionem ff. ad leg. Falcid. 399
 Cap. 13. corrigitur error cuiusdam Recentioris circa originem patriæ potestatis. 404

INDEX



INDEX OMNIUM LOCORUM JURIS CIVILIS.

Quæ in his quinque Libris, vel ex professo singulariter explicantur, vel aliquâ speciali notâ obiter illustrantur; quorum numerus duorum ferè millium summam occupat.

Numerus prior marginalem numerum, posterior vero paginam denotat:

EX LIBRIS DIGESTORUM.

lex, ex hoc jure 5.	num. 9. p. 103	l. in emptionibus 43.	9. 194
l. jus civile 6.	ibid. & 13. 8	l. divisionis 45.	35. 136
l. omnes populi 9.	n. 9. & 11. 103. & 104.	l. in traditionibus 48.	ibid. 11. 144
		l. si convenerit 56.	4. 101. 3. 5. 18. 217
		l. ab emptione 58.	7. 154
		l. nemo pen.	6. 108
			<i>De transaction.</i>
		l. 1.	2. 258
		l. pacto 15.	7. 259
			<i>De postuland.</i>
		l. 1. §. 1.	9. 338
			<i>De his qui notant infam.</i>
		l. quid ergo 13. §. pœnæ 8.	1. 115
			<i>De procurat.</i>
		l. in causa 27 §. fin.	4. 204
		l. si actor 29.	7. 221
		l. licet 42.	20. & seqq. 382
		ead. l. §. ea obligatio 2.	5. 356
		l. qui proprio 46. §. qui alium 2.	7. 357
		l. per procuratorem 72.	9. 338
			<i>Quod cuiusque univers. nom.</i>
		l. 1. §. ult.	11. 166
		l. licet 7. §. ult.	2. 388
			<i>De negot. gest.</i>
		l. ait Prætor 3 §. interdum 9.	17. 366
		l. 6. pupilli 6. §. fin.	22. 134
		l. negotia 11.	17. 366.
		l. ex ducibus in princ.	55. 176
		l. ex duobus 27. §. 1.	10. 184
		l. liberto 31. §. fin.	3. 348
		l. fideiussor 32.	17. 366
		l. si liber 36.	22. 131
		l. actio 47.	47. 125. & 6. & seqq. 242
		ead. l. §. 1.	5. 99
			<i>De calumniator.</i>
		l. in heredem 5. §. 1. 25. 248. l. fin.	8. 143
			<i>Quod met. caus.</i>
		l. continet 3.	11. 312
		l. ego puro 4.	2. 5. 10. 119
		l. metum 9. §. sed quod 3.	11. 222
			<i>De dolo malo.</i>
		l. & eleganter 7.	14. 207
		l. sed & ex dolo 15.	2. & seqq. 122
		l. si cum mihi 34.	27. & seqq. 155
		l. ult.	14. 262
			<i>De minorib.</i>
		l. 1. 6. 376. l. ait Prætor 7. §. sed et si 5.	6. ibid.
		ead. l. §. quæsitum 8.	17. 380
		ead. l. §. pen.	11. 170
		l. verum 11 §. 1.	1. & seqq. 135
		l. minor 18.	6. 370
		l. quod si minor 24 §. 1.	21. 367. 17. 386
		l. minor 22.	5. 370
			¶ 2. D.

Index omnium locorum

<i>De capit. minut.</i>		litem 9.	ibid. per tot.
l. libero 3 §. i. in fin.	19.178	l. arboribus 1 2 §. sed si 2.	4.266 7.281
l. 7.	12.120	l. si cuius 13 §. i. sed si inter 3.	20.264
<i>Ex quib. caus. major.</i>		l. locum 17 §. 1.	10.114 5.13.6
l. ab hostibus 1 §. sed quod 3.	4.272	l. fed. et si 2 §. i. 10. 161. ead. l. §. ult.	9.174
l. denique 19.	21.341. & 7.343	l. quoties 34.	15.129
l. is qui reipublice 44.	3.348	ead. l. §. 1.	14.207
<i>De recept. qui arbit.</i>		l. qui usufructum 36.	6.8. & 9.14
l. pen.	16.151	l. quia 39.	4.266
<i>Nauta cap. stab.</i>		l. quod si 40.	ibid. & 4.163
l. r.	19. & seqq. 366	l. si extraneo 46.	11.35
<i>De iudiciis.</i>		<i>Usufr. accresc.</i>	
l. omnem 20.	2.213. & 4.258	l. r. 8. 193. 5. 8. 1. 384. ead. l. §. 1. 17. 8. 1. per tot. cap	
l. non aliis 24.	7.357	& 10.83	
ead. l. §. ult.	14.262	ead. l. §. interdum 3.	13.166. n. 9. & seqq. 174
l. de qua re 74. fin.	2. & 5.355. 356	n. 7. 182	
l. in privatis 77.	1.111	ead. l. §. ult. 8 164. l. ideoque 2.	6.182
<i>De inofficiso testam.</i>		l. idem 6 §. 1.	8.164
l. hoc colore 2.	4.351	ead. l. §. si mihi 2.	40. & 45. 93. 95. 1. per tot. cap. 347
l. posthumus 6.	26.89	l. si quis Attio 7.	31. 91. n. 1. per tot. 167
ead. l. §. ult. cum l. seq.	10.260	& præcipue num. 4. & 10. 163. 165.	
l. Papianus 8.	9. ibid.	l. si mulier 8.	11. 15. & n. 1. per tot. 167
ead. l. §. 1.	ibid.	l. si proprietas 9	31. 91
l. nam et si 15.	10. 185. 3. 350	<i>Quando dies usufr. leg. ced.</i>	
l. Titia 13.	12. 378	l. unica	11. 175. & seqq. 5. 8. 11. 388
l. filius 22.	9. 260	ead. l. §. 1.	ibid.
l. si institutus 27.	35. 136. 10. 260	<i>Quib. mod. usufr. vel usus amittit</i>	
<i>De heredit. petition.</i>		l. sicut 3.	11. 175
l. regulariter 9.	7. 173	l. repeti 5. ibid.	ead. l. §. fin.
l. pro herede 11.	13. 298	l. si lub conditione 16.	1. 347
l. nec ullam 13 §. 1.	5. 276	l. si seruo 18.	12. 388
ead. l. §. si quis 8.	12. 297	l. si ager 23.	15. 339
l. item veniunt 20. §. non solum 10.	42. 73	<i>De usufr. ear. rer. qua usu consum.</i>	
l. item veniunt 20. §. petitam 11.	10. 296. 5. 12	l. 1. & tot. tit.	3. 158
l. fed et si 25 §. quod 3.	10. 344	l. fed de pecunia 2 §. 1.	6. 159. & 11. 215
l. fed et si 25 §. de eo 5.	10. 296	l. hoc §. §. 1.	7. 160. & ibid.
ead. l. §. si ante litem 7.	ibid.	<i>Si usufruct. per.</i>	
ead. l. §. quod autem 16.	10. 344	l. r.	18. 285
l. si quid. 31 §. & 2.	5. 301	l. fundus 4.	5. 519
l. quod si 37.	12. 307	l. utifru 5.	5. ibid. & 7. 281. ead. l. §. pen. 9. 312
l. plane 38.	2. 303	<i>De usufr. & habitat.</i>	
l. utiles 39 §. 11.	ibid.	l. per servum 14 §. usu	15. 195
l. si bonæ fidei 49.	10. 296	<i>Usufr. quemad. cavet.</i>	
l. hereditas 50 §. 1.	5. 11. 2. & seq.	l. fed et si 7.	7. 169
<i>Si pars hered. petat.</i>		l. si tibi usufructus 8.	5. 8. 1. 384
l. si ex pluribus 2.	18. 86. & 8. 183	<i>De servitutib. pradior. urbanor.</i>	
l. ult.	7. 273	l. Gaunes 10. verf. idem.	3. 291
<i>De rei vindicat.</i>		l. in re communi 26.	5. 159
l. r. §. per hanc 2.	n. 1. 111 & seqq. & 13. 194	<i>De servitut. pradior. rusticor.</i>	
l. officium 9.	4. 274. 7. 277. & 10. 182	l. cum essent 33 §. 1.	5. 159
l. sin autem 27 §. in rem 5.	13. 308	<i>Quemadmod. servitut. amittunt.</i>	
l. cum petitorio 36.	15. 262	l. si patrem 19 §. 1.	11. 388
l. si ager 50.	11. 312	l. usu retinetor 20.	2. & 7. 275. & 177. & 12. 283
l. non ideo 66.	14. 85. & 5. 2. 1. 347	l. fructuarius 21.	2. & 7. 275. & 277
l. si à Titio 72.	1. 1. & seqq. 312	<i>Ad legem Aquilianam</i>	
l. quædam 77.	16. 332	l. qua actione 7 §. 1.	267
<i>Public. in rem action.</i>		l. qua actione 7 §. 4.	3. 4. 6. 1. 265
l. r. in princ. & 1.	13. 194	l. liber 13 §. 1.	11. 358
l. si ve autem 9 §. si duobus 4.	11. & seqq. 312	l. inde 23 §. si dolo 9.	1. 265
ead. l. §. ult.	2. & seqq. 312	l. si servus 27 §. si quis 21.	5. 266
l. si ve 10.	ibid.	l. si servum 33.	22. 131
l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus.	1. 271	ead. l. §. fin.	6. 201
l. quæcumque 13 §. 1.	3. 294	l. Titio 34.	18. 86. 2. 14. 8
<i>De usufr. quemadm. quis utat. fruct.</i>		l. quia 35.	18. 86. 2. 14. 8
l. r.	5. 159	<i>De his qui effud. vel deiecer.</i>	
l. omnium 3.	9. 174	l. r. §. sed cum homo 5.	7. & seqq. 113
ead. l. §. 1.	ibid. & n. 6 & seqq. 113	<i>De noxalib. actionib.</i>	
l. usufructus 4.	5. 159 8. 282	l. r.	24. 382
l. usufructus 7.	3. 303	l. si servus 22 §. 1.	9. 274. & 3. 276. & 4. 394
ead. l. §. ult.	1. 271	l. noxal 33.	5. 112. 3. 4. 382
		l. quo	

Iuris Civilis.

l. quoties 3. 4.	ibid.	<i>De cond. indeb.</i>	
<i>Finium regund.</i>		l. idem est 3.	13. 229
l. fed & loci 4. post litem 2.	3. 303	l. quod 7.	14. 236
<i>Famil. ercise.</i>		l. indebiti 15.	2. 303
l. per familiæ 1 §. item.	6. 401	ead. l. §. 1.	12. 216
l. cætera 4.	5. 163	l. sub conditione 16 §. 1.	9. 5
l. & post 12 §. 1.	44. 94	l. eleganter 23 §. si quis 3.	15. 262
l. his consequenter 18 §. idem 2. 3. & seqq. 19 7. 19.	209	l. si non 26 §. libertus 12. 10. 12. & 14. 234. & seqq.	
	3. & seqq. 197	l. iudex 28.	2. 355
l. si filia 20 §. si pater 3.	5. 2. 3. 338	l. isqui 31.	7. 160
l. ex parte 39.	2. 162	l. si quis 31 §. & 2.	5. 301
ead. l. §. duos 4.	26. 382	l. cum is 22 §. qui hominem 3.	21. 382
l. inter 44 §. qui familiæ 4.	3. 29	l. si in area 33.	4. 213. 1. 252
<i>Commun. divid.</i>		l. repetitio 44.	3. 220
l. communi 7 §. inter 4.	13. 194. 3. 294	l. qui heredis 46.	8. 160. 11. 215
ead. l. §. neque 11.	35. 33. & 1. 3. 2. 44	l. indebitam 47.	13. 235
l. si convenerit 23.	8. 318	l. damus 52.	6. 116
<i>Ad exhibent.</i>		l. ex his 54.	3. & seqq. 392
l. in hac 3 §. Pomponius 12.	8. 318	l. Iulianus 60.	1. per tot. cap. 355
ead. l. §. fin.	8. 274. 7. 277. 2. & seqq. 287	l. fideicommissum 62.	6. 393
l. nam 4.	7. 277. 1. & seqq. 287	l. si quod 64.	3. 215
l. Celsus 5 §. 1.	1. & seqq. 179. 5. 288	l. in summa 65	6. 126
ead. l. in princ.	5. 288	ead. l. §. in quoque 2.	5. 214
l. Iulianus 9 §. 1.	6. 267	ead. §. quod 4.	6. 126
<i>Si mens. fals. mod. dixer.</i>		l. ult.	14. 207
l. r.	15. 194	<i>De cond. fin. cau.</i>	
<i>De relig. & sumpt. fun.</i>		l. si fallo 2.	9. & 14. 206. 207
l. r.	9. 312	<i>De cond. furtiv.</i>	
l. locum 2.	ibid.	l. si servus 14.	44. 94
ead. l. §. purus 4.	2. 200	<i>De eo quod cert. lit.</i>	
l. familiaria 5.	4. 197	l. r.	3. 220
l. vel quod 6.	ibid.	l. arbitrario 2 §. Scævola 3.	7. 148
l. et si quis 14 §. 1.	9. 296	l. cenetum 8.	8. 337
l. minime 35.	4. 197	<i>De pecun. constit.</i>	
l. funeris 37 §. 1.	12. 408	l. r.	13. 234
<i>De reb. credit.</i>		l. si duo 16 §. ult.	16. 246
l. r.	13. 235	l. fed & si 16.	ibid.
l. mutuum 2.	12. & 15. 235. & seq.	<i>Commod. vel contr.</i>	
l. cum quid 3.	ibid.	l. r.	8. 227
l. si quis 4 §. 1.	15. 208	l. si ut certo 5 §. 1.	5. & seqq. 363
l. quod te 5.	1. 231	ead. l. §. nunc videndum 11.	ibid.
l. certum 6.	10. 193. 4. 320	ead. l. §. ult.	2. & 12. 316. 319. & 15. 185
l. certi 9.	14. 128	l. is qui 13 §. 1.	25. 133. 15. 295. 7. 227. & 5. 232
l. quod si 10.	7. 148	l. in communi 17 §. sicut 3.	5. 198
l. rogasti 11.	4. 212	l. in rebus 18.	5. & seqq. 363
l. si à furioso 12.	13. 235	<i>De pignorat. action.</i>	
l. si filius familias 14.	13. ibid. & 10. 247	l. si convenit 4.	8. 109
l. singularia 15.	7. 330	l. si cum 13 §. 1.	2. & 11. 361. 364
l. non omnis 19.	11. 355	l. ea igitur 14.	ibid.
l. si tibi 20.	3. 220. & 6. 254	l. si pignore 22 §. si prædo 2.	1. per tot. c. 97
l. quidam 21.	20. 264	l. & eleganter 24.	1. 219
l. si quis 24.	15. 129	ead. l. §. 1.	12. 216
l. heritor 28.	21. 367	ead. l. §. ult.	2. 265
l. qui pecuniam 30.	32. 135	l. petenti 27.	4. 125. 7. 192
l. si & me 32.	33. & seqq. ibid.	l. cum & sortis 35 §. 1.	3. 176. 6. 281.
<i>De jur. jur.</i>		l. si pignus 37.	7. & 11. 281. 285
l. si duo 53 §. idem Iulianus 2.	5. 125	l. pupillo 38.	11. 325
<i>De condiç. cau. dat. caus. non sec.</i>		l. Gaius 39.	15. 7
l. r.	4. 204	l. debitor 40.	3. 276
l. dedi tibi 3.	2. 213	ead. l. §. ult.	15. 184
ead. l. §. 1.	20. 243	<i>De lege Rhod. de jactu.</i>	
ead. l. §. quid	1. & 6. 138. 139.	l. r.	1. 265
ead. l. §. quinimo 4.	12. & seqq. 118. & per tot. c. 138	l. si laborante 2.	ibid.
l. qui se 7.	7. 31	ead. l. §. cum in eadem 2.	ibid.
l. pen. 1. per tot. cap.	14. 1. 5. 148. & 2. & seqq. 265	l. navis 3 §. ult.	3. 348
l. ult.	1. per tot. 124. & n. 1. per tot. 138	<i>De tribus. aff.</i>	
7. 12. & seqq. 214. 216. & 3. 258		l. procuratoris 5 §. sed at si 2.	4. 139
<i>De cond. ob turp. caus.</i>		ead. l. §. fed si dedi 18.	ibid.
l. ubi autem 3.	13. 229	<i>De senatus. Maced.</i>	
l. idem 4 §. ult.	24. 132	l. si quis 3 §. ult.	32. & 35. 135. 136
l. ult.	14. 207	l. quia 4.	ibid.
<i>Hier. Oroz. de Apic. Iur. Civil.</i>			l. fed.

Index omnium locorum

l. sed si 9. §. ult.	20. 247	l. fundi 79.	15. 245
l. filius familias 17.	12. 207	<i>De in diem adject.</i>	
<i>De pecul.</i>		l. ubi 3. §. sed & Marcellus.	9. 127
l. licet 3. §. idem 11.	4. 5. 356	<i>De lege commissor.</i>	
l. & ancillarum 27. §. si quis 8.	5. 198	l. si fundus 4.	2. 225
l. nec servus 41.	33. 27. & 11. 104	<i>De rescind. vendit.</i>	
l. quod debetur 51.	5. 221	l. cum emptor 5.	4. 101
<i>Ad S.C. Velleian.</i>		ead. l. §. mortuo 2.	10. & 15. 117. 119
l. quamvis 8. §. quoties 7.	13. 223	l. si convenit 6.	21. 109. 5. 226
<i>De compensat.</i>		l. Titius 8.	17. 130. 16. 176
l. unusquisque 2.	2. 355	<i>Peric. & com. rei vena.</i>	
l. in rem 18.	7. & seqq. 211	l. hoc ita 2. §. 1.	7. & seqq. 363
ead. l. §. 1.	ibid.	l. custodiam 3.	ibid.
<i>De possit. vel contr.</i>		l. necessario 8.	9. 117
l. i. §. si quis 9.	8. 206. 5. 241	l. quod si 14.	19. 131
ead. l. §. si in rem 25.	17. 366	ead. l. §. 1.	12. 331
l. si quis 13. §. 1.	15. 208	<i>De serv. export.</i>	
l. licet 17.	11. 175	l. ult.	1. & seqq. 138
l. Lucius 24.	8. 233	<i>De actionib. emp.</i>	
l. bona fides 31.	15. 106	l. ratio 3. §. 1.	9. 243. & 310
l. quod Nerva 32.	1. per tot. cap. 361	l. tenetur 6. §. 1.	15. & 27. 254. 149
l. ult.	15. 106	l. ex empto 11. §. 1.	11. 215
<i>Mandati. vel contra.</i>		ead. l. §. si quis 5.	2. 204
Titulus explicatur.	2. 389	ead. l. §. is qui vina 6. 15. 129. 2. & 14. 204. 207. & 3.	
l. praeterea 3. §. 1.	7. 242	215	20. 131
l. si procuratorem 8. §. fin.	20. 1. 1	225. ead. l. §. ult.	7. 242
l. si quis 16.	1. 389	l. Iulianus 13. §. si procurator 25.	7. 242
l. si mandavero 22.	3. 220	l. fundi 17. §. pen.	9. 338
ead. l. §. interdum 2.	1. 189	ead. l. §. ult.	ibid.
ead. l. §. Iulianus 4.	ibid.	l. granaria 18. §. 1.	9. 338
l. inter causas 26. §. abesse 2.	5. 291	l. si sterilis 21. §. si tibi 4.	3. 225
l. si fideiussor 19. §. in omnibus 5.	2. 355	l. si quis 23.	3. 348
l. qui negotia 34.	1. & seqq. 231	l. qui pendente 25.	15. 129. 28. 249
l. Lucius 38. §. 1.	3. 220	l. si ea res 31. §. fin.	7. 343
l. si mandato 45. §. quoties 5.	2. & seqq. ibid.	l. idque 45. §. superest. 2.	15. 195
ead. l. §. quod mihi 7.	1. per tot. cap. 389	<i>Locat. & cond.</i>	
l. fideiussor. §. 1.	3. 220	l. i. §. 106.	13. 235
<i>Pro socio.</i>		l. si quis 9.	5. 241
l. societatem 6.	16. 161	ead. l. §. Cellus 5.	19. & seqq. 366
l. non ob eam 25.	5. 5. 20. 367	l. & ego 10.	15. 129
l. & ideo 26.	ibid.	l. si in lege 24.	16. 151
l. nam cum 32.	19. 246	l. si merces 25.	15. ibid.
l. si margarita 44.	19. & seqq. ibid.	ead. l. §. ipse quoque 5.	15. 195
l. cum duobus 5. 1. §. utrum 2. 13. & 24. 244. 248. & 20. 367		ead. l. §. vis major 6. 13. 15. & 24. 244. 245. & 248	8. 363. & 19. 566
ead. l. §. quidam 4.	3. 348	ead. l. §. pen.	ibid. n. 10
ead. l. §. idem respondit 10	3. 220	l. si fundus 33. 15. & 20. 129. 131. 14. 107. & 311	13. 244
l. verum 63. §. si servo 9.	18. 55. & 3. 385	l. & haec venditio 35. §. 1.	13. 244
ead. l. §. societas 10.	4. 117	l. si vulneratus 43.	15. 195
l. si coita 75.	15. 151	<i>De estimat. act.</i>	
l. societatem 76.	16. ibid.	l. i.	11. & 26. 244. 249
l. veluti 77.	ibid.	ead. l. §. fin.	9. 118. 2. 141
<i>De contrah. emp.</i>		l. ult.	6. 142. 12. 194. & 26. 249
l. i. verus electa.	8. 160. & 11. 215	l. i. cum omnibus suis §§.	5. & seqq. 214
l. inter 2.	13. 408	15. 245. & 5. 254.	
ead. l. §. 1.	15. & 21. 245. 247	ead. l. in pr. verus. utrumque ibid. & n. 8. & 17. 8. 260	19. 218
l. sed Celsus 6.	14. 207	ead. l. §. 1.	25. 133. 5. & seqq. 214
ead. l. §. 1.	2. 225	ead. l. §. 2.	ibid. & seqq.
l. hęc venditio 7.	7. 248. cum seqq.	ead. l. §. ided 3.	ibid. n. 10
l. si sciens 16.	9. 296	ead. §. verus. ided alienam.	ibid. n. 10
l. si emptione 34.	7. 142	l. Aristo 2.	21. 209
l. quod saepe §. 1.	16. 151	<i>De praescript. verb.</i>	
l. quod saepe 35. §. in his 5.	12. 235	l. i.	11. 228
ead. l. §. ergo 6.	ibid.	ead. l. §. fin.	20. 247. 14. 94
l. si quis 38.	9. 338	l. inquam 3.	5. 191
l. ut res 53.	17. 130	l. natura 4.	ibid.
l. domum 57.	17. ibid. & 16. 176	l. naturalis 5. §. 1.	7. 126. 4. 241. & 6. 214
l. si cum fundum 68.	25. 365	cod. §. verus. sed si scyphos. 1. per tot. cap. 13. 124. &	
l. clavibus 64	8. 330	seqq. 216. & 15. 262.	ead.

Iuris Civilis.

ead. l. §. at cum do 2.	12. 14. & seqq. 128. 6. 139. 8	l. quidam 12.	5. 82
19. 2. & per totum cap. 240		l. victa 16.	18. 217
ead. l. §. sed si facio 4.	22. 131. 8. & 21. 206. &	l. sed hoc 26.	5. 254
299. & 1. per totum cap. 252		l. minor 39.	2. 204
di. & l. naturalis in princ.	3. 251. 4. 353	l. habere 57.	18. 217
ead. l. §. fin.	4. 5. & seqq. 253	<i>De usur.</i>	
l. insulam 6.	15. 245	l. in fideicommissi 3.	18. 246
l. si tibi 7.	16. 246. & 7. 205	ead. l. §. nonnunquam 2.	10. 243
l. si dominus 8.	1. per totum ca 14. 1. 18. 195. & 1. &	l. si stipulatus 4.	9. ibid.
seqq. 225		l. qui scit 25. §. 1.	3. 303
l. ob eam 9.	7. 126. 1. per tot. cap. 219. & 16. 217.	ead. l. §. fin.	9. & seqq. 296. & 13. 308
l. partis 10.	1. per tot. cap. 158. n. 1. 225	l. in pecudum 28.	3. 303
l. quia 11.	6. 201	ead. l. §. 1.	4. 163. 21. 367
l. si vir 12.	1. & seqq. 225	l. videamus 38.	2. 303
l. si tibi 13.	8. 206. 3. 7. 6. 227. 19. 246	ead. l. §. si possessionem 10.	15. 208. 4. 5. 1
ead. l. §. 1.	21. & seqq. 247	l. fructus 45.	4. & seqq. 385
l. qui servandarum 14.	6. 201. 6. 227. & 1. 265	<i>De probationib.</i>	
ead. l. §. sed et si 2.	2. & seqq. ibid.	l. circa 14.	7. 273
ead. l. §. fin.	6. 267	l. cum de indebito 25.	7. 148
l. solent 15	24. & seqq. 132	<i>De testib.</i>	
l. permitti 16.	6. 227. 3. 9. 27. & seqq. 249	l. testium 3.	6. 201
ead. l. §. 1.	28. ibid.	<i>De jur. & fact. ignor.</i>	
l. si gratuitam 17.	8. 227.	l. regula 9. §. si quis 5.	5. 10. 19. 396
ead. l. §. 1.	9. 228	<i>De ritu nupt.</i>	
ead. l. §. Papinianus 2.	14. 194. 10. & seqq. 228. 11.	l. oratione 16. §. 1.	13. 354
207.		l. per adoptionem 17. §. fin.	5. 139
ead. l. §. si cum unum 3.	5. 241	l. capite 19.	3. 375
ead. l. §. fin.	3. 226	l. filius familias 35.	5. 139
l. si apud te 18.	13. 229	<i>De jur. dot.</i>	
l. rogasti 19. vide notata ad l. 5. verus. sed si scyphos.		l. Reipublicæ 2.	5. 139
7. 192. 1. & seqq. 231.		l. profectitia 5. §. sed et si.	3. 375
ead. l. §. 1.	26. 249	l. si ego §. 1.	14. 216
l. apud Labeonem 20.	5. 232	l. plerumque 10. §. si ante 4.	2. 141. 1. 2. 19. & 9. 228
l. si tibi 22.	8. 206. 6. 227. 26. 249	ead. l. §. inde 5.	ibid.
l. duo 23.	14. 194. 3. 204. 6. 227	ead. l. in princ.	7. 142
l. Titius 24.	6. & seqq. 233. 8. 242	l. si mulier 13.	4. 351
l. si operas 25.	4. 104. 3. 213. 10. & seqq. 234	l. quod si 15.	1. 219
l. fin.	15. 236	l. quoties 16.	2. 141. & 1. 219
<i>De pignorb.</i>		l. si filia familias 21.	11. 207
l. si superatus 3. §. fin.	2. 355	l. cum pater 29.	14. 46
l. si is 11. §. ususfructus 2.	18. 285	l. licet 43. §. 1.	7. 330
l. grege 13. §. etiam 4.	11. 358	l. quæ fundum 50.	4. 204
l. quæstum 14. §. 1.	ibid. 356	l. quamvis 75.	8. 337
l. si fundus 16. §. si plures 6.	5. & n. 13. 358	<i>De pact. dotalib.</i>	
l. si fideiussor 26. §. 1.	15. 7	l. illud 5.	1. per totum cap. 213
l. servum 27.	10. 114. & 11. 158	l. quoties 8.	3. 375
l. Paulus 29. §. 1.	15. 7	l. ob res 20. §. 1.	3. 204
<i>Quæ res pign. dar. poss.</i>		l. inter 25. §. convenit 3.	23. 132
l. Titius 4.	32. 135	ead. l. §. filia.	1. 172
<i>Qui potior. in pign. hab.</i>		<i>De don. int. vir. & uxor.</i>	
l. i.	7. 254	l. hæc ratio 3. §. 1.	3. 346
l. qui balneum 9. §. 2.	32. 135	ead. l. §. fin.	7. 330
l. potior 11.	35. 136	l. si sponsus 5. §. si quis 15.	6. 393
<i>De distrab. pign.</i>		l. si sponsus 5. §. 1.	5. 33
l. si creditor 7. §. ultim.	1. per totum cap. 107	l. si sponsus 5. circa 5.	9. 338
<i>Quib. mod. pign. vel hipoth. solvit.</i>		ead. l. locrui 7.	2. 356
l. i. §. 1.	11. 222	l. ex annuo 15. §. 1.	14. 298
l. si deferente 13.	12. & seqq. 38	l. de fructibus 17.	14. ibid.
<i>De adil. editio.</i>		l. si uxor 19.	9. 306
l. quid sit fugitivus 17.	18. 340	l. sed et si 25.	14. 298
l. debet 27.	1. 271	l. si eum 26.	3. 304
l. illud 29.	9. 243	l. sed si vir 31. §. si duo 3.	9. 338
l. item 30.	ibid.	ead. l. §. si vir 4.	ibid.
l. quod si 31. §. si plures 5.	5. 198	l. cum hic statuit 32. §. 1.	56. 136. & 14. 216
ead. l. §. Pomponius 9.	ibid.	ead. l. §. inter 24.	9. 11
ead. l. §. si mancipium 11.	10. 127	ead. l. §. idem 25.	ibid.
ead. l. §. in factum 17.	14. 207. 3. 225	ead. l. §. fin.	ibid.
ead. l. §. fin.	15. 245	l. si donatæ 36.	5. 276
l. iustissime 44.	21. 367		6. 4

Index omnium locorum

luxor marito 55.	5.125	l. liber homo 59. §. Titius 2.	29. & 31. 90
<i>De solut. matrim.</i>		ead. l. §. si hæres 4.	23. 56
l. si ante. 6.	12. 207	l. hæres 63.	29. & 31. 90
l. sed et si 11	4. 251	l. si quis 68.	2. & seqq. 147
l. si constante 24. §. si maritus 5	12. 362	l. servus 76.	14. 216
l. quoties 29.	7. 330	<i>De vulg. & pupill. substit.</i>	
l. insulam 42 §. fin.	4. 251	l. moribus 2.	5. 112
l. æstimationis 50.	12. 297	l. verbis 7.	5. 102
l. filiaz 59	ibid.	l. si servus 18.	15. 186. 12. 178
<i>De impens. in res dotal. fact.</i>		l. qui complures 32.	10. 165
l. quod dicitur 5.	8. 160. 11. 215. 4. & seqq. 2.	<i>De cond. instit.</i>	
l. neque 13	1. 271	l. si quis 4 §. fin.	1. 350
l. rerum 25.	13. 235	l. si hæredi 5.	36. 92
<i>De concubin.</i>		l. quæ sub conditione 8.	14. 326
l. r.	2. 346	ead. l. §. mortuo 7.	ibid.
l. in concubinato 3.	3. 346	l. pen.	5. 148
<i>De testam. tut.</i>		<i>De testam. milit.</i>	
l. tutores 7.	3. 76	l. r.	15. 380
l. si hereditas 10. §. ult.	3. 61. 9. 843	l. de militis 2.	ibid.
l. qui tutelam 28. §. 1.	6. 77	l. si miles 3.	43. 74
l. quæro 32. §. fin.	5. 75. 376	l. Divus 24.	16. & seqq. 380.
l. fin.	3. 76	l. ejus militis 34. §. 1.	9. 357
<i>De legitim. tutor.</i>		ead. l. §. fin.	15. 380
l. testamento 3.	9. 243	l. miles 35.	26. 380
l. quo defuncto 4.	5. & 8. 375. 377	<i>De acquir. hered. vel omit.</i>	
<i>De tutorib. datis.</i>		l. is qui 13. in princ.	8. 149
l. si impuberi 13.	7. 31	ead. l. §. fin.	24. 24. 6. & seqq. 352
<i>De administr. tutor.</i>		l. si duo 38.	6. 164
l. si plures 3.	4. 173	l. necessarii 57.	ibid.
l. cum plures 12. §. 1.	17. 380	l. si servus 82.	8. 34
l. tutor 27.	14. 326	l. si autem 6.	14. 193
<i>De suspect. tutor.</i>		l. Iulianus 26. §. 1.	6. 352
l. tutor. 3. §. fin.	5. 5. 4	<i>De Senat. cons. Silan.</i>	
<i>De excusat. tutor.</i>		l. r. §. servi 4.	44. 94
l. excusantur 2. §. 1.	6. 376	l. et si §. fin.	10. 114. 6. 405
ead. tit. l. non solum 10. §. 2.	8. 377	l. domino 16.	12. 185. 12. 379
<i>Pro pupill. educ. vel mor. deb.</i>		<i>Si quis aliq. testare prohib. vel cog.</i>	
l. ult.	4. 363	l. r. §. 1.	40. 28
<i>De tut. & rat. distrab.</i>		<i>De jur. codicillar.</i>	
l. si tutor 9. §. 1.	8. 3. 377	l. si ei 2. §. codicillarum 2.	35. & seqq. 70
<i>De fidejussor. tutor.</i>		l. qui gravi 11.	12. 379
l. r.	5. 376	l. illud 13.	ibid.
<i>De reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.</i>		l. is qui pen.	ibid.
l. sed si 3. (nec ususfructus 5.	23. 24	<i>De legat. 1.</i>	
l. magis 5. §. fundum 8.	10. 387	l. r.	16. 47. 24. & seqq. 154
l. qui 8. §. 1.	14. 326	l. legatum 7.	12. & seqq. 6
<i>De curat. fur.</i>		l. qui quartam 15.	23. 88
l. furiosæ 4.	5. 132	ead. l. §. fin.	11. 166
<i>Qui testam. fac. poss.</i>		l. si duobus 16.	15. 18 & seqq. 85. 86
l. testamenti 3.	6. 370	ead. l. §. 1.	7. 182. 11. 388
l. filius familiæ 16.	26. 89	ead. l. §. si Titio 2.	19. 21. cum seqq. 87
ead. l. §. 1.	1. 167	l. qui filiabus 17.	23. 88
l. qui testamento 20.	8. 83	ead. l. §. 1.	5. & seqq. 163
<i>De liber. & posth.</i>		l. & quidem 18.	ibid.
l. in suis 11.	7. 35. 15. 13. 2	l. legata 19.	11. 166
<i>De injust. rept. irrit. fact. testam.</i>		l. quod verum 24. §. pen.	3. 162
l. filio 17.	19. 23. 30. 68. 31. 156	l. à filio 25.	3. & seqq. 30. 6. 43
<i>De hered. instit.</i>		l. non amplius 26. §. fin.	4. 159
l. servus 3.	20. 56	l. si creditor 28.	13. 194
l. si servus 7.	12. 166	ead. l. §. 1.	2. & seqq. 42
l. quod loco 20. §. fin.	29. 90	l. plane 34.	17. 86
l. illa institutio 32.	7. 5. 2. 147. 6. 370	ead. l. §. 1.	ibid. & 18. 8. 183
ead. l. §. 1.	7. 343	ead. l. §. si conjunctum 9.	10. 19. cum seqq. 83
l. qui filio 38. §. si quis 2.	25. 57	ead. l. §. si duobus 11.	10. 165
l. his verbis 48. §. interdum 2.	9. & seqq. 35	l. Titia 36.	16. 85
l. si alienum 99. §. 1.	23. 56	ead. l. §. 1.	4. 163
l. si quis 58.	7. 5. 6. 370	l. lega. 38.	10. 83
		l. cum servus aliis apud 39. §. si Titius 2.	1. 7. 17. & seqq. 37

Iuris Civilis.

seqq. 37		ead. l. §. cum existimares 29.	12. 378
l. cetera 41. §. tractari 2.	2. 3. & passim in toto	l. legetum 80.	12. 388. 4. 392
libro.		l. debitor 82. §. servo.	34. & seqq. 36
l. fenatus 43.	15. 195	2. 384. 3.	
ead. l. §. legatum 2.	7. & seqq. 148	l. Lucius Titius 88. §. Lucius 6.	34. 91
l. servum filii 44. §. si aræ 4.	5. 13	ead. l. §. quisquis 10.	16. 47.
ead. l. §. si idem 7.	1. 10. 6. & seqq. & num. 34	<i>De legat. 3.</i>	
ead. l. §. si statu liberum 8.	9. 62	l. r. his quibus 2.	2. 116
l. si cui 49. §. si Titio 4.	15. & 19. 47	l. si mulier 3.	10. 222
l. qui ergo 53 §. 1.	5. 169	ead. l. §. si reus 2.	ibid. 19. 48. 1. 384
ead. l. §. si quis 2.	10. 114	ead. l. §. fin.	10. 222
ead. l. §. si hæres 3.	5. 13. 6	l. si deportati 7. §. fin.	14. 46
l. si ancilla 62.	3. 162	l. fideicommissa 11. §. hoc 6.	19. & seqq. 153
l. si ancillas 63.	ibid.	ead. l. §. quanquam 7.	26. & seqq. 155
l. si ita §. 1.	7. & 18. 148. 152	ead. l. §. cui 11.	29. & seqq. 25
l. servo 69 §. si testator 2.	18. 48	l. si res 20.	15. 85
l. si domus 71 §. si fundus 3.	1. 271	l. si quis 22.	17. 152
l. si sic 75 §. quod si 2.	5. 148	l. ex imperfecto 23.	4. 398
l. si quis 79.	5. 173	l. si fidei 28.	4. & seqq. 33
l. si fundum 81 §. 1.	3. 385	l. pater 38 §. filiam 2.	34. 91
ead. l. §. cum statu liber 9.	9. 62	ead. l. §. Iulius 4.	3. 197
l. non 82.	11. & seqq. ibid.	luxorem 41. §. codicillis.	11. 35. 37. 71
ead. l. §. 1.	2. 2. & seqq. 38	5. 150	
l. huiusmodi 84. §. qui servum 5.	20. 131	l. Titius 42.	3. 197
ead. l. si Titio 8.	10. 19. & 25. 83. & seqq.	l. si filia 43.	14. 151
n. r. per tot. cap. 167. 182		l. liberorum 52. §. liberis 3.	2. 200
l. duobus 85.	17. 86	l. ligni 55. §. 1.	ibid.
l. filio 87.	6. 164	l. cum in substitutione 77.	25. 67
l. quæstrum 91.	3. 30	l. si chorus 79.	3. 162
ead. l. §. fin.	10. 296	ead. l. §. pen.	5. 13
l. si mihi 100.	18. 48	ead. §. ult.	ibid.
l. si minor 102.	2. 60	l. conjunctim 80.	1. 12. 1. & seqq. 7. & seqq. 182.
l. si servus 108. §. Stichum 4.	6. 44. 14	seqq. 182.	
262. 9. 39		l. nominatim 90.	10. 193
ead. l. §. sed si mihi 5.	9. 394	l. prædiis 91. §. Titio 3.	3. 929
ead. l. §. si servus 9.	8. & seqq. 62	l. Lucius 93. §. 1.	19. 48
l. si quando 109.	6. 44. 26	l. servis 99.	16. 85
l. si quis 112 §. si ita legatum 2.	4. 163	<i>De annis legat.</i>	
l. servo 113. §. fin.	5. 148	l. in singulos 4.	11. 175
l. legatum 116.	6. 11	l. Quintus Mucius 7.	1. 197. 2. & seqq.
ead. l. §. 1.	7. & 10. 164. 1	quent. 400.	
l. si quis 121.	ibid.	l. cum in annos 11.	11. 175
l. à fratris 127	23. 88	l. liberto 21. §. Lucius 3.	5. 205
<i>De legat. 2.</i>		<i>De usu, & usufr. leg.</i>	
l. r.	7. 5. 2. 9. per tot.	l. si Titio 10.	10. 387
ead. §. 1.	1. per tot. c. 14	l. duos 14.	15. 85
l. & Proculus 10.	10. 8. 3. 5. 8. per tot.	l. qui fructus 25.	5. 159
l. cui quidam 24.	28. 156	l. Sempronius 26. §. fin.	31. 90
l. omnia 32. §. 2.	44. 94	l. quæro 28.	1. 271
l. Titia 34. §. Lucia Titia 2.	4. 4	l. generalis 32. §. duas 6.	4. 159
l. legatum 36.	4. 10	l. codicillis 34.	34. 91
l. qui testamento 37.	7. 62	l. in fructu 42.	4. 163
l. si aræ 39.	5. & 10. 13. & 14. 25. 153	l. ult.	2. & 4. 158
l. non oportet 52.	3. & seqq. 4	<i>De servit. legat.</i>	
l. Mævius 66. §. non 3.	3. 162	l. pater 6.	5. 169
ead. l. §. fondo 6.	13. 183	<i>De dose præleg.</i>	
l. unum 67.	16. 47. 28. 156. 5. 163	l. r. per contrarium 10.	20. 247
ead. l. §. 1.	165. 19. 48	ead. l. §. idem Iulianus 13.	16. 47
l. peto 69. §. fratre 3.	23. 88	l. pater 7 §. si forte 4.	7. 160
l. cum filius 76.	12. 378	l. Theopompus 14.	32. 157
ead. l. §. servus 4.	23. 56	<i>De optione legat.</i>	
l. cum pater 77. §. hæreditatem 4.	7. 129. 28	l. cum ira 9 §. ult.	9. 62
ead. l. §. cum pater 7.	23. & seqq. 13. 85	l. si Pamphilio 10	17. 8. 11. 388
ead. l. §. à filia 10.	28. 156	l. apud Aufidium 20.	5. 8. 11. 388
ead. l. §. volo 13.	22. 88	<i>De instruct. vel instrum. leg.</i>	
ead. l. §. dulcissimis 20.	ibid.	l. r.	2. 162
ead. l. §. filius 23.	25. 155	l. fundum 3 §. fin.	6. & seqq. 62
ead. l. §. n. mandato 24.	5. 112	l. si cui 5.	2. 162
ead. l. §. rogo 25.	22. 88	l. cum de Ianonis 18. §. item 3.	10. 165

Index omnium locorum

I. Scize 10. §. Tyranna 7.	3. 929	I. Mævius 55.	5. 148
<i>De pecul. leg.</i>		I. cui fundus 56.	12. 84
I. r.	2. 162	I. intercidit 59.	3. 33
I. nam 2.	ibid.	I. si vir 61.	2. 158
I. et si 3.	3. 62.	I. sed si hoc 62 §. 1.	7. 34
I. sed et si 4.	ibid.	I. legato 65.	43. 94
I. cum dominus 19. §. ult.	10. & seqq. 63	I. si ita 69.	9. & 18. 149. & seqq.
I. nihil 20.	ibid. 11. & seqq.	I. cum tale 72.	1. per tot. cap. 350
<i>De penn. legata.</i>		ead. l. §. 1.	10. & seqq. 353
I. nam 4.	2. 162	I. Titio 73.	1. 350
<i>De supel. legat.</i>		I. mulier 74.	1. per totum, cap. 147
I. supellectili 3. §. fin.	3. 404	I. cum pupillus 78. §. 1.	36. 92
I. Labeo 7. §. servus 2.	10. 193	I. hæres 79 §. qui post 2.	1. 350
<i>De aliment. vel. cibor. leg.</i>		I. Iulianus 81.	11. 15. 5. 169
I. pecunia 8.	10. 161. 1. 300	I. si cui 91.	8. 352
<i>De aur. & argen. leg.</i>		I. mater 93.	ibid.
I. §. 1.	1. 5. 237	I. municipibus 97.	4. 323
I. cum centum 9.	ibid.	I. pater 101. §. focrus 3.	11. & seqq. 353
I. filiam 16.	29. & seqq. 25	I. tales 112.	36. 92
I. cum aurum 19.	15. 237	<i>Ad leg. Falcid.</i>	
I. Quintus 27. §. fin.	2. 100	I. l.	4. 392.
I. ult. §. fin.	6. 62	ead. l. §. si quis 10.	6. 44. & 2. 49
<i>De liberat. leg.</i>		ead. l. si legatarius 11.	ibid.
I. liberationem 3. §. ult.	18. 48	ead. l. §. fin.	1. per tot. ca. 397
I. si debitor 11.	6. 43	I. nec amplius 2.	ibid.
I. si Anrelius 18. §. cum qui 10.	ibid. 15	I. fundum 4.	43. 94
ead. l. §. quidam 13.	ibid.	I. verbis 5.	9. & seqq. 387. 20. 338
<i>De adimend. legat.</i>		I. in ratione 11. §. 1.	44. 94
I. legatum 24.	2. 158	I. si debitor 12.	9. 260
I. si servo 26.	37 71	I. pater 14.	5. 10. 10. 394
<i>De reb. dub.</i>		ead. l. §. 1.	2. & 18. 392. 396
I. civibus 2.	22. 87. 4. 11. 3.	I. quod 15. §. 1.	ibid.
I. quidam 5.	27. 89	I. filius familiæ 18.	41. 73. 1. per tot. cap. 1
I. vel ex parte 6.	ibid.	I. si à servo 20.	5. & seqq. 30
I. utrum 7.	23. & seqq. 88. 2. 9. 18. & seqq. 152	I. Nefennius 21. §. si debitori 3.	1. 219
ead. l. §. 1.	18. & seqq. 152. 2. 11. 10. & seqq. 165	I. lineam 26.	11. & seqq. 394. 3. 32
I. si is qui 13.	6. 126	I. in ratione 30. §. pen.	5. & seqq. 4
ead. l. §. cum ita 2.	36. 92	I. lex falcidia 47.	8. 394
ead. l. §. utrum 3.	ibid.	I. Plautius 49.	18. 55. 14. 262
I. si cognatis 19.	22. 87. 3. 3. 22. 409	§. 8. 3.	5. 10. 9
ead. l. §. 1.	10. 161. 3. 162	I. in lege falcidia 52. §. 1.	22. 131
I. cum senatus 20.	22. 87	I. pretia 63.	ibid.
<i>De regul. Caton.</i>		I. quoties 67.	4. 392
I. & tot. tit.	lib. 1. per totum	I. in quantitate 73. §. fin.	14. 262
ead. l. §. fin.	7. 5. 9. 62	I. quærebatur 82.	7. 393. 14. 85
I. Catoniana 3.	1 & seqq. 51	I. qui fundum 87. §. si tu 3.	40. 93
I. placet 4.	4. seqq. 52. & 22. 56	I. in quartam 91.	7. 31. 6. 164
I. fin.	2. 32. 4. 61. & 18. 65	I. acceptis 98.	2. & 18. 392. 396
<i>De his qua pro non script. hab.</i>		<i>Ad Senatufc. Trebellian.</i>	
I. si co 4.	36. 92	I. l. §. sed & quoties 9.	40. 93
<i>De his qua ut indign.</i>		I. Marcellus 3. §. res quæ 3.	21. 66
I. mulierem 14.	3. 346	I. apud Iulianum 11.	17. 380
I. cum tabulis 16. §. 1.	1. per totum cap. 345	I. ille à quo 13. §. fin.	11. 111
<i>De cond. & demonstr.</i>		I. ex facto 17. §. ex facto 5.	3. 116
I. Mucianæ 7.	1. 350	ead. l. §. si quis rogatus 6.	7 & seqq. 118
I. solemus 9.	2. 158	I. ubi potest 19.	29. & seqq. 25
I. in his 16.	4675. 1. 81. & 7. 83. 23. 88. & 36. 92	I. hæres 21.	12. 395
I. si cui 18.	1. 250	I. mulier 22.	28 & seqq. 25
I. quoties 2.	1. 347	ead. l. §. sed enim 3.	2. 11. 361. 261. 264
I. iure civili 24.	5. 348	I. quidam 25. §. si quis 2.	21. 66
I. cum vir 25.	2. 158	ead. l. §. pen.	44. 74
I. hæc scriptura 26.	4. 323	ead. l. §. ult.	ibid.
I. in testamento 27.	5. 11. 2. 397	I. ex aile 28.	49. 93
I. nominatim 34.	10. 193	I. Papinianus 43.	4. 397
I. quibus 40. §. dominus 3.	11. 104	I. qui totam 45.	6. 993
I. qui hæredi 44. §. si duorum 8.	1. per totum cap. 344	I. Imperator 50.	8. 19. 3. 10. cum seqq. 3963
I. sub iuris 51.	36. 92	I. Titius 54.	10. 245
I. nonnunquam 52.	2. & 7. cum seqq. 147	I. si patronus 55 §. ult.	20. 25
I. si quis 53.	7. 34	I. debitor 59.	4. 221. 5. 4. 11
		I. facta 63. §. si quis 3.	5. 119
		I. servo 65. §. si pupillo 3.	8. 324

Iuris Civilis.

I. qui ita 66. §. 1.	7. 357	I. capitis 3.	<i>Vnde cognati.</i> 2. 116
I. si hæres 68.	5. 393	<i>De success. edicta.</i>	
I. si hæres 70 §. 1.	21. 66	I. l. §. per servum 3.	13. 7
I. Lucius 78. §. maritus 14.	2. 158	ead. l. §. si quis 7.	5. 301. 2. 3. 88
<i>Quando dies leg. ced.</i>		<i>De gradib. & adfinib.</i>	
I. si cum hæres 4.	43. 94	I. non facile 4. §. cognationis 2.	10. 103. 2. 116
I. si post 5.	ibid.	I. juris consultus 10 §. inter 4.	2. 116
I. hæreditas 7. §. sed et si 2.	26. 89	<i>De suis & legitim. hæredib.</i>	
I. cum in annos 20.	11. 175	I. l. §. si filius 4.	4. 117
I. nec refert. 11.	ibid.	<i>Ad Senatufc. Tertillian.</i>	
I. nec semel 12.	ibid.	I. l. §. capitis 8.	4. 117
ead. l. §. fin.	15. 15. 1. 19. 381	I. in suspensio 8.	2. 116
I. cum ita 16.	19. 381. 15. 151	<i>De oper. novi nunciat.</i>	
I. cum legato 17.	3. 30	I. l. §. 1.	9. 338
I. cum illud 25. §. 1.	7. & 15. 148. 15. 1. 19. 381	ead. l. §. inde 10.	20. 264
<i>Per legat. seu fideicom. servand. cau.</i>		ead. l. §. ult.	4. 280. & 18. 285. 5. 311
I. l. §. si quis 14.	32. 135	I. de pupillo 5. §. qui opus 14.	26. 282
<i>De bonor. possess. contr. tab.</i>		I. creditori 9.	18. 285
I. l. §. pen.	2. & 4. 116. 117	<i>De damno infecto.</i>	
I. si duobus 12.	31. 90	I. qui bona 13. §. qui damni 3.	26. 382
I. sed sub conditione 18. §. 1.	13. 150	I. si finita 15. §. Iulianus 16.	1. 271. 4. 294
<i>De legat. prest.</i>		<i>De publico & vectigal.</i>	
I. sed et si 3. §. sed et si 3.	19. 87	I. interdum 16. §. Divus 9.	5. 376
I. pen.	11. 35. 2. 1. 2. 5	<i>De donationib.</i>	
<i>De collatione.</i>		I. qui saxum 6.	27. 249
I. si quis 5.	31. & seqq. 26	I. filius familias 7. §. item 2.	7. 160
I. dotem 6.	ibid.	I. Aristo 18.	2. 215
<i>De conjung. cum emancip.</i>		I. hæreditatem 28.	3. & 5. 197. & seqq.
I. l. §. si quis 12.	31. 90	I. donationes 31. §. pater 2.	36. & seqq. 27
<i>De ventr. in poss. mittent.</i>		<i>De mort. caus. donat.</i>	
I. l. §. per contrarium 7.	26. 89	I. in mortis 22.	36. 137. 14. 216
<i>De carbon. edicto.</i>		I. mortis 33. 3187.	ead. l. §. sine 2. 11. 207
I. Carbonianum 3. §. pubicii 3.	10. 318	I. non videtur 32.	36. 137. 14. 216
ead. l. §. dux 5.	17. 380	I. senatus 35. §. ergo 3.	2. 213. 14. 116
ead. l. §. ibidem 8.	10. 318	I. quod statui liber 41.	10. 394
<i>De bonor. poss. secund. tabul.</i>		I. Seia 42.	16. 151
I. verum est 3.	26. 89	<i>De manumission.</i>	
<i>Si à parent. quis manum. est.</i>		I. si hæres 2.	43. 74
Tituli conceptio explicatur	1. 111	I. si is qui 4.	17. 186
I. l.	6. 19	ead. l. §. in illis 9.	19. 65
ead. l. §. fin.	13. & seqq. 21. 2. 5. 4	ead. l. §. sed et si duo 13.	17. 186
I. ult.	8. 19. 5. 3. 4. 2. 404	I. duo filij 7.	11. 65
<i>Iur. patronat.</i>		I. qui pœnæ 8. §. fin.	19. 65
I. servum 8. §. 1.	2. 138	I. servus 9.	ibid.
I. si filius 23. §. 1.	4. 253	I. servum 11.	4. 253
<i>De oper. libertor.</i>		I. lege Favia 12.	18. 65
I. à duobus 4.	5. 221	I. mortis 15.	36. 136
I. si quis 13.	2. 138	<i>De manum. vindicta.</i>	
ead. l. §. iudicium 2.	18. 246	I. si hæres 3.	43. 74
I. libertus 15 §. 1.	11. 23	I. si pater 4 §. minor. 21	17. 186
I. quoties 24.	18. 24	I. etiam 15. §. pen.	17. ibid.
I. si libertus 30.	16. 151	I. ult.	6. 376
I. interdum 34.	12. 235	<i>De manum. testam.</i>	
<i>De bonis libertor.</i>		I. si ita 13 §. ult.	3. 162
I. si vero 8. §. si servo 2.	22. 24	I. nominatim 24.	10. 193
I. filius 42. §. 1.	14. 885. 183	I. quod vulgò 45.	36. 27
I. si patronum 44. §. si ex bonis 2.	ibid.	<i>De fideicom. libertor.</i>	
<i>De libert. universit.</i>		I. generaliter 24.	29. 156
I. unica.	3. 335	ead. l. §. si quis 10.	34. 79
<i>De adsign. libert.</i>		I. si eum 28 §. fin.	3. 269
I. utrum 5.	29. 90	I. si alieno 31. §. 1.	14. 185. 5. 7. 12
I. sub conditione 10.	5. 2. 1. 347	I. invitus 34. §. ult.	16. 176
<i>Si qui in fraud. patronor.</i>		I. in testamento 38.	30. 68. 9. 183. 2
I. l. §. dolum 4.	9. 2660	I. 1. 5.	ibid.
ead. l. §. sed si 6.	10. 825. & seqq. 388	I. Paulus 39.	22. 154
<i>Si tab. testam. nulla extab.</i>		I. Thais 41. §. sorore 4.	8. & 29. 149. 154
I. l. §. sed et si 4.	5. 301	I. fideicommissaria 46.	36. 151
I. scripto 7. §. fin.	3. 351	ead. l. §. 1.	ead.

Index omnium locorum

ead. l. §. et si 2.	27. & passim, n. 30	l. possideri 3. §. 1.	2. 269. 6. 188
ead. l. §. quod si ita	27. & 30 ibid. 155	4. 10. 10. & seq.	4. 12. 3. & 9
ead. l. §. fin.	28. 156	ead. l. §. incertum 2.	2. 270. 6. 288
<i>De statu liber.</i>			
l. si quis 13. §. si duo 2.	36. 92	ead. l. §. Neratius 3.	7. 289. 10. & 13. 331
l. pecuniam 22. cum §§.	10. 165	ead. l. §. ex plurimis 4.	37. 136. 4. 342. 9
l. Schicus 14.	26. 155	ead. l. §. ex contrario 5.	12. 150. 169
l. si seruo 31.	4. 163	4. 2. 9. 2. 187. 1. 293. 1. per tot. cap. 316. 3. 329	
<i>Quin man. ad libert. perven.</i>			
l. 1.	1. & seqq. 138	ead. l. §. in amittenda 6.	6. 288. 3. 329
l. eum qui 3.	ibid.	2. & seqq. 335	
l. ei qui 4.	ibid.	ead. l. §. sed et si 7.	6. 277. 6. 318
l. si quis 6.	ibid.	ead. l. §. si quis 8.	ibid. & n. 11. & 13. 319
l. ult.	6. 139	ead. l. §. si servus 10.	6. 288
<i>Qui & à quib. manum.</i>			
l. seruo 2.	47. 75	ead. l. §. si saltus 11.	ibid. 6. 323. 1. 335
l. ille 9. §. fin.	19. 65	ead. l. §. cæterum 12.	12. 283
l. prospexit 12.	18. ibid.	ead. l. §. Nerva 13.	24. 339
l. privatus 27. §. ult.	ibid.	ead. l. §. Labeo 17.	15. ibid.
l. pignori 26.	34. 70	ead. l. §. si rem 18.	16. 340
l. in fraudem 27.	44. & seqq. 74	ead. l. §. illud 19.	5. 343
l. heres 28.	ibid.	ead. l. §. genera 21.	13. 291. 9. 344
l. generaliter 29. §. 1.	44. 94	ead. l. §. vel etiam 22.	2. 187. 1. 293
<i>De liber caus.</i>			
l. vel obligatus 20. §. 1.	5. 376	l. quidquid 4.	7. 295. 13. 326
l. duobus 30.	16. 186. 12. 378	l. si ex stipulatione 5.	7. 295
l. Paulus 38. §. 1.	3. & seqq. 138	l. elam 6. §. 1.	4. 269. 6. & 7. 288. 289. 5. 317. 6. 323
<i>De acquir. rer. domin.</i>			
l. 1.	13. & seqq. 105. 9. 357. 6. 405	7. & 13. 337. 339.	
l. naturalem 5. §. pen.	10. 228	l. et si nolit 7.	ibid. & 6. 318. 13. 339
l. adeo 7. §. cum in suo 10.	1. 252	l. quemadmodum 8.	8. 174. 1. & seqq. 328. 5. 84
ead. l. §. ex diverso 12.	ibid.	l. generaliter 9.	7. 277
l. quâ ratione 9. §. item 6.	9. 330	l. si quis 10. §. 1.	ibid.
ead. l. §. hæc quoque 3.	1. & seqq. 310	ead. l. §. si quis 2.	10. 331
l. acquiritur 10.	13. 7	l. iuste 11.	1. & 4. 293. 294
ead. l. §. non solum 2.	13. 326	l. naturaliter 12.	6. 281. 9. 544
ead. l. §. fin.	2. 279	ead. l. §. 1.	8. & seqq. 343
l. pupillus 11.	22. & 14. 290. 291	l. Pomponius 13.	7. 337
l. traditiq. 20.	1. 310	ead. l. §. si is 7.	3. 276
l. qui bona 23. §. 1.	10. 296	ead. l. §. sed & legatario 10.	5. 7. 10. 378
ead. l. §. fin.	19. 55. 5. 8. 3	l. rem quæ 15.	16. & seqq. 340
l. nunquam 31. §. 1.	4. 10	l. quod uxat 16.	5. 276
l. etiam 32.	11. 6	l. si quis 17. §. 1.	4. ibid. 12. 388
l. in eo 33.	16. 176	l. quod meo 18.	2. 269. 11. 283. 19. 340. 5. 343
l. per servum 37. §. 1.	39. 28. 19. 55	ead. l. §. 1.	19. 340
ead. l. §. fin.	19. 55	ead. l. §. si venditorem 2.	7. & seqq. 330
l. quaesitum 40.	2. & 3. & 8. 303. 306	ead. l. §. si dum 3.	5. & 6. 317. 318
l. bona fidei 48.	3. & 6. & 8. ibid.	l. qui bona fide 19.	20. 340
ead. l. §. 1.	10. 296	ead. l. §. 1.	5. & 8. 288. 5. 343
l. homo 54. §. fin.	18. 337	l. si quis 20.	20. 340. 6. 343
l. in laqueum 55.	5. 266	l. non videtur 22.	9. 274
l. per servum 57.	9. & seqq. 306	l. cum hæredes. 23.	6. 229
l. res ex mandato 59.	1. & seqq. 310	ead. l. §. 1.	21. 341. 7. 343
l. hæreditas 61. §. fin.	11. 388	l. quod servus 24.	8. & seqq. 274. 2. 287. 2. & seqq.
<i>De acquir. vel amitt. poss.</i>			
l. 1.	per totum cap. 269	l. si id 25. §. 1.	6. 277. 5. 317. 12. 325. 11. 338
ead. l. §. 1.	1. & seqq. 310	ead. l. §. quod autem 21.	7. 337. & 13. 339
ead. l. §. adipsamur 2.	1. & seqq. 318	ead. l. §. fin.	4. 269. 9. 274. 7. 289
ead. l. §. furiosus 3.	3. 269. 4. 271	l. locus 26.	1. 328
5. & 7. & seqq.	323. 324. 1. & seqq. 328	l. si is 27.	1. 328
ead. l. §. si vir 4.	5. 304. 9. 317. 7. 343	l. si aliquam 28.	2. 341
ead. l. §. item 5. usque ad §. 9.	12. & 13. 325	l. possessionem 29.	11. & 14. 290. 291
ead. l. §. per eum 8.	12. & seqq. 283	l. qui univerlas 30. §. 1.	29. 341
ead. l. §. cæterum 9.	5. 323	ead. l. omnes §§.	ibid.
ead. l. §. nam 12. usque ad §. 22.	12. & seqq. 315	ead. l. §. quod autem 5.	1. 335
ead. l. §. veteres 16.	3. 329. 5. 380	ead. l. §. fin.	6. 288
ead. l. §. per procuratorem 20.	14. 284	l. si colonus 31.	7. 289. 4. 9. 1. & seqq.
ead. l. §. pen.	6. 188. 7. cum seqq. 330	l. quamvis 32.	7. 318
ad. l. §. fin.	1. & seqq. 322	ead. l. §. 1.	16. 284
qd hoc 2.	2. ibid	ead. l. §. fin.	8. & 10. 324
		l. fundi 33.	10. 331
		l. si me 34.	14. 326. 1. & seqq. 328
		ead. l. §. fin.	13. 326
		l. qui pignoris 36.	3. 276. 14. & seqq. 184. 7. 318. 2. 3.
			341
			l. res

Juris Civilis.

l. res pignoris 37. §. 1276.	7. 281. & 11. 283. 7. 318	l. patrum 19.	6. 392
l. qui absenti 38.	12. 341	l. debitorem 20.	ibid.
l. interesse 39.	4. 276. 23. 341	<i>Quod legator.</i>	
l. si de eo 40.	8. & 11. 337. 338	l. 1. §. quia autem 4.	15. 195
ead. l. §. 1.	6. 288. 13. 4. 13. 8. & 11. 337. 338	ead. l. §. si quis 5.	13. 194. 5. 10. 1. 6
ead. l. §. si servum 2.	5. 295	ead. l. §. qui vero 6.	7. 164
ead. l. §. fin.	ibid.	ead. l. §. unde est 8.	131. & seqq. 179
l. qui jure 41.	7. 277	ead. l. §. quaesitum 9.	7. 277.
l. peregre 44.	12. 150. 6. 32. 35. 329. & 13. 331	<i>Ne quid in loco public.</i>	
7. 343		l. 1. & tot. tit.	4. 311
ead. l. §. fin.	2. 335	<i>De vi & vi armat.</i>	
l. quamvis 46.	7. 337	l. 1. §. hoc interdictum 3.	10. 282
l. si rem 47.	4. 269. 7. & seqq. 317	ead. l. §. & generaliter 4.	ibid.
l. prædia 48.	3. & 11. 329. 3. 385	ead. l. §. de jicitur 9.	8. 274. 10. 282. 4. 5. 2. 9. & seqq.
l. possessivo 49.	4. 294	ead. l. §. denique 10.	5. 276. 3. 310
ead. l. §. 1.	4. 269. 4. & 872. 4. 287. 4. 14. 7	ead. l. §. quod servus 22.	3. 294. 10. 282
ead. l. §. fin.	15. 326	ead. l. §. interdictum 23.	2. 287
l. per eum 50.	1. & seqq. 328	ead. l. §. si 14.	9. 289
ead. l. §. 1.	ibid.	ead. l. §. quod vulgo 25.	6. 288. 8. 337
l. quarundam 51.	12. 331	ead. l. §. vi possidere 28.	5. 295
l. permisceri 52.	8. & seqq. 282. 8. 343	l. quo est 3. §. cum 3.	11. 311
ead. l. §. species 2.	4. 69. 13. 331	l. qui possessionem 17.	ibid.
l. ult.	5. 276	<i>Uti possidet.</i>	
<i>De usucapione.</i>			
l. usucapio 3.	12. 283	l. 1. §. 1.	10. 282
l. sequitur 4. §. furiosus 3.	6. 323	l. 1. §. fin.	3. 276. 9. 312
ead. l. si dominus 26.	4. 294	l. iusta 2.	1. 293. 2. & 5. 310. 1. 11
l. si aliena 10.	11. 197	l. si duo 3.	5. 317. 9. 344
l. pignori 13.	8. 282	ead. l. §. labeo 6.	7. 173
l. id tempus 14. §. 1.	10. 378	ead. l. §. sed si 7.	2. & 5. 310. 311
l. si is qui 15.	7. 343	ead. l. §. creditores 8.	7. 277
l. servi nomine 16.	3. 276. 4. 387. 7. 318	ead. l. §. pen.	10. 282
l. hæres 22.	5. 12. 5. 400	l. fin.	2. & 3. 275. 3. 310. 4. 10. 4. 4
l. nunquam 31. §. si vi 4.	6. 323	<i>Dein. actusq. priv.</i>	
l. si fur. 32.	6. 295	l. inde 3. §. 1.	2. 279
l. non solum 33.	ibid.	l. ult.	5. 279. 2. 279
ead. l. §. 1.	8. 274. 2. 287. 12. & 13. 297. 298. 5.	<i>Quod vi aut clam.</i>	
343		l. is qui 11. §. posteaquam 8.	9. 127
ead. l. §. qui pignori 4.	7. 818	l. quanquam 12.	4. 311
l. iusto errore 44. §. 1.	11. 297	l. denique 13. §. quaesitum 5.	ibid.
ead. l. §. cum qui 6.	6. 324	l. interdictum 19.	ibid.
<i>Pro emptore.</i>			
l. 1.	11. 297	l. ult. §. tandiu 1.	20. 131
ead. l. §. 1.	ibid.	<i>De remissionib.</i>	
<i>Pro hærede.</i>			
l. qui legatorum 2. §. ult.	40. 28	l. unic. §. item Juliano 1.	18. 285
ead. l. §. 1.	8. 274. 2. 287. 5. 343	<i>De precario.</i>	
<i>Pro donato.</i>			
l. 1. §. 1.	40. 28	l. ait prætor 2. §. 1.	8. 242. 8. 255. 5. 288. & 8. 289
ead. l. §. si inter 2.	5. 276	ead. l. §. & naturalem 2.	13. & seqq. 194. 14. 210. 7.
l. si vir 3.	14. 298	273	
l. si pater 4.	40. 28	ead. l. §. fin.	4. 287
<i>Pro derelicto.</i>			
l. si id quod 5.	5. 276	l. in rebus 4. §. fin.	17. 332
<i>De re judic.</i>			
l. decreta 48.	5. 232	l. certi 6. §. qui 2.	6. & 7. 277. 4. 280
<i>Quib. ex caus. in poss. eat.</i>			
l. hæc autem 5. §. 1.	5. 169	ead. l. §. Julianus 3.	6. 295. 5. 343
l. in possessionem 6.	11. 150	ead. l. §. fin.	ibid.
l. Falcianus 7. §. si in diem 14.	ibid.	l. quaesitum 8. §. 1.	17. 332
l. pen.	ibid.	ead. l. §. fin.	ibid.
<i>De reb. auct. jud. possid.</i>			
l. paterfamilias 28.	3. 350	l. quamvis 10.	19. 333
<i>De separationib.</i>			
l. debitor 3.	6. 126	l. cum præcario 12.	17. 332
<i>Qua in fraud. creditor.</i>			
l. quod autem 6. §. apud Labeonem 6.	3. 210	l. interdictum 14.	13. 194. 2. 1138
l. ait prætor 10. §. & fructus 20.	9. 296	l. & habet. 15. §. cum quis 3.	13. 294
l. hæc in factum 14.	ibid.	ead. l. §. cum qui 4.	3. 276. 1. 287. 4. 10. 4
l. et si pignus 18.	11. 222	l. duo 19.	2. 287. 2. & 11. 316. 319
<i>Hieronym. Oraz. de Apicib. Jur. Civ.</i>			
		ead. l. §. fin.	5. 125. 13. & seqq. 194. 8. 206. 254.
		<i>De glande legenda.</i>	
		l. unic.	6. 267
		<i>De homine libero exhib.</i>	
		l. quod & lex 3. §. si eum 4.	5. 112. 14. 382
		ead. l. §. sed et si 11.	6. 376
		<i>De liber. exhib.</i>	
		l. 1. §. fin.	2. 404

Index omnium locorum.

l.officiales 4.	<i>De Episcop. & cleric.</i>	2.375	l.in vendentis 13.	<i>De contrab. empt.</i>	7.148.& 16 & seq.151
l.digna vex 4.	<i>De legibus.</i>	4.398	l.ult.	<i>De action. empt.</i>	15.& seq. ibid
l.humanum 8.	<i>Quando libell. princ. dat. &c.</i>	3.322	l. si pater 8.		1.310
l. i.	<i>De pallit.</i>	9.296	l. venditi 2.	<i>De pact. int. empt. & vendit.</i>	5.191.2.& seq 204
l. si pascenda 8.		24.148	3.7.2.& seq.225.	<i>De rer. permutat.</i>	
l. legem 10.	15.195.4.3.& seq.104		l. cum precibus 4.		5.225
l. traditionibus 10.		1.310	l. quoniam 5.		ibid.
l. cum proponas 21.	<i>De transact.</i>	7.259.11.261	l. rebus 6.		4. ibid.
l. cum te 5.		2.253	l. emptionem 7.		5. ibid.
l. cum mora 6.	3.1.8. 10.2.& 12.194. 6.259.		l. emptorem 9.	<i>De locat. & cond.</i>	9.312
& seq.260.			l. si olei 21.		2.& seq.249
l. fratris 10.		20.264	l. si tibi 27.		7.254
l. proponas 17.	35.136.10.20.164		l. in emphiteuticariis 2.	<i>De jur. emphit.</i>	18.146
l. si apud acta 28.	7.259.11.& seq.261.		l. si furiosi 25.	<i>De nuptiis.</i>	3.375
l. si profundo 33.		6.259	l. qui contra 4.	<i>De incest. nupt.</i>	3.346
l. transactio 38.		2.253	l. quotiens 5.	<i>De jur. dot.</i>	2.141
l. quamvis 39.		2.20.264	l. avia tua 6.		15.195.10.& seq.206.5.
<i>Ut nemo privat. titul. præd. suis vel alien. imponat, vel veta regia suspend.</i>			l. ult. §. præterea 2.		10.243
l. ult.	<i>De negot. gest.</i>	6.117	l. ult. §. manet 4.	<i>De rei uxor. action.</i>	15.195.18.209
l. tutori 20.		1.361.& 17.366	l. i.	<i>De pact. convent. &c.</i>	35.136.15.195 3 4 2.& seq.304.5.226
	<i>De dolo.</i>		l. si fructus 8.	<i>De donat. int. vir. & uxor.</i>	8.306
l. cum proponas 4.		5.115	l. pen.		8.255
l. si superstitite 5.		ibid.	l. divi Constantini 5.	<i>De natural. liber.</i>	4.376
l. si major 7.		ibid.	l. jubemus 6.		ibid.
l. i.	<i>De in integr. restit. minor.</i>	9.260	l. nuper 11.		ibid.
l. unic.	<i>De satisfando.</i>	7.357	l. ult.	<i>De legitim. tutor.</i>	15. ibid.
l. cum & iudices 2.	<i>De iure iur. propt. calumn. dando.</i>	26.382	l. cum quædam 26.	<i>De administ. tutor.</i>	5.7.
l. fin.	<i>Qui legitim. person. stand. in jud. &c.</i>	1.300	l. ult.	<i>De suspect. tutor.</i>	362
l. filio 20.	<i>De inoffic. testam.</i>	1. ibid.	l. ult.	<i>Arbitrium tut.</i>	15.7.
l. si post motam 2.	<i>De petitione heredit.</i>	13.298	l. i.	<i>De curat. fur.</i>	5.376
l. i.	<i>De rei vendit.</i>	13.308	l. i.	<i>De serv. fugitiv.</i>	19.340
l. quotiens 15.		11.& seq. 312.	l. pen. §. i.	<i>De furt. & servo corrupt.</i>	9.274
l. certam est 22.	<i>De usufr.</i>	13.308	l. i.	<i>De oper. libert.</i>	10.234
l. pen.	<i>De servit. & aquat.</i>	3.280	l. i.		10.234
l. pen.	<i>Famil. erasc.</i>	3. ibid.	l. nec patronis 6.		1.231
l. quotiens 10.		7.198	l. liberti 10.	<i>De libert. & eor. liber.</i>	10.234
l. filia 18.	<i>de cond. indeb.</i>	39.28.3.348	l. si manumissus 2.		40.28
l. i.	<i>De condit. ob. caus. dator.</i>	2.3.355	l. si donatione 13.	<i>De collation.</i>	39. ibid.
l. si quis 10.	<i>De obligat. actionib.</i>	20.131	l. milites 15.	<i>De testam. milit.</i>	15
l. sicut 1.	<i>De probationib.</i>	5.198	l. pen.		ibid.
l. cum res 12.		1.310	l. ult.	<i>De testament.</i>	ibid.
l. si de possessione 20.	<i>De fidei instrument.</i>	7.273	l. testandi 13.		5.112
l. vis, 15.		ibid.	l. i.	<i>De necess. serv. hered. inst.</i>	9.243
l. si quis 17.	<i>De usur.</i>	9.255.1.258	l. cum servi 2.		24.57.9.243
l. si mater 24.	<i>De possit vel contra.</i>	17.366			De
l. postquam 4.		10. 260			

Juris Civilis.

l. quod certarum 3.	<i>De poss. hered. instit.</i>	1.3.320	l. pen.	<i>Quæ res pign. dur. poss.</i>	5.232
l. i.	<i>De jur. delib.</i>	3.269	l. cum nondum 4.	<i>De exceptionib.</i>	16.151
l. Fortidianum 7.	<i>De legat.</i>	6.164	l. ut inter 3.	<i>De inutil. stipulat.</i>	2.172
l. cum alienam 10.		5.169	l. si delegatis 3.	<i>De novation.</i>	7.221
l. cum responso 12.	<i>De his quæ sub modo.</i>	6. ibid.	l. quoniam 2.	<i>De evictionib.</i>	8.255
l. ex his 2.	<i>Ad leg. Falcid.</i>	14.262	l. si prædiam 4.		1.219
l. i.		6.393	l. si filius 3.	<i>De patr. potest.</i>	6.405
l. pen.	<i>De caduc. tollend.</i>	27.38.5.10. cap. per tot. 391	l. fin.	<i>De donation.</i>	6.113.4.351.7.406
l. unis §. in primo 3.		19.87.32.& 16	l. legem 9.		5.125
ead. i. §. ubi autem verf. <i>sin autem.</i> 32. 91. & 36. 92		37. ibid.	l. sive 17.		38. & 0.28
ead. §. verf. <i>sin verò.</i>	<i>Quando dies leg vel fideicom. ced.</i>	37. ibid.	l. quisquis 28.	<i>De donat. qua sub mod.</i>	13.351
l. cum uxori 4.		2.158	l. quoties 3.	<i>De revoc. donat.</i>	5.115
l. i.	<i>De bon. matern</i>	13. 379	l. si unquam 8.	<i>De infirm. pan. celib.</i>	12.353
l. i.	<i>De bon. quæ liber. in pot. patr. const.</i>	14.379	l. ult.	<i>Ad leg. Jul. Majestat.</i>	1.158
l. quæcumque 4.		ibid.	l. quisquis §. fin.	<i>Ad leg. Jul. de adulter.</i>	4.351
l. non sine 5.		ibid.	l. non solum 3.	<i>Ad leg. Jul. de vi public.</i>	18.65
l. cum oportet 6.		13. ibid.	l. tutoris 2.		1.371
ead. l. §. cum autem 3.	<i>De comm. ser. manum.</i>	14. ibid.	l. quoniam 6.	<i>De rapt. virg.</i>	2. & seq. 375
l. i.		11.378	l. unic.	<i>De emendat. propinq.</i>	6.405
l. si creditoribus 5.	<i>De serv. pign. dat. manum.</i>	34.70	l. unic.	<i>De his qui parent. vel liber. occid.</i>	27.383
l. i.	<i>Qui non poss. ad libert. perven.</i>	19.65	l. ult.	<i>De injur.</i>	20.382
l. si ab eo 7.	<i>De liber. caus.</i>	27. & seq. 68	l. dominis 6.	<i>De calumniat.</i>	8.143
l. i.	<i>Comm. de usucap.</i>	11. 283	l. fin.	<i>De his qui num. liber.</i>	5.376
l. unic.	<i>De usucap. transf.</i>	10. 378	l. unic.	<i>De Arbel.</i>	5.232
l. minus 2.	<i>De acquir. vel retin. poss.</i>	6. 929			
l. donatarum 3.		9. 324. 3. 5			
l. licet 4.		6. 288			
l. improba 7.		7. 295. 30. 331			
l. per procuratorem 8.		8. 343			
l. nec ex 9.		7. 295			
l. fin.		2. 355			
l. diutina 4.	<i>De præscript long. tempor.</i>	10.37			
l. fin.	<i>Ne rei domin. vel templ. vendic. &c.</i>	5. 273			
l. malè 2.	<i>De præscript. 30. vel. 40. ann.</i>	1.& seq. 279. & 14. cum			
seq. 284		16.299			
l. omnes 4.		ibid.			
l. cum notissimi 7. & seq.		1.& seq. & 14. 279. 284			
ead. l. §. sed cum 2.	<i>De appellat.</i>	5.376			
l. si actor 10.	<i>Si de moment. possess.</i>	7.300			
l. unic.	<i>Undè vi.</i>	11.312			
l. meminerint 6.		1.300			
l. momentaria 8.	<i>Si per vim vel alio mod.</i>	1.300			
l. i.	<i>De precario.</i>	17.332			
l. sicut 19.	<i>De pignorib.</i>	11.364			
	<i>Hieronym. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.</i>				

EX INSTIT. JUSTIN.

§. in quibus 5.	<i>Ex præmio.</i>	28.383
§. juris 3.	<i>De just. & jur.</i>	6.190
§. jus autem 1.	<i>De jur. natur. gent. & civ.</i>	9.04
§. jus autem gentium		11.104.9.317
§. sed & quod Principi.		3.369
§. naturalia.	<i>De jur. person.</i>	9.157
§. ultim.	<i>Quib. ex caus. manum. non lic.</i>	4.163
§. eadem 4.		2.60
§. sed hoc tempore.	<i>De his qui sunt sui, vel alien. fur.</i>	10.114.6.405
§. i.	<i>De patr. potest.</i>	3.398.4.405
princ.	<i>De nuptiis.</i>	10.103.9 & seq. 406
§. si adversus.		13.379
§. fin.		4.376
		1 3 De

Index omnium locorum.

§.cum autem.	<i>De adoption.</i>	8.& seq. 371	§. sed si rem 10.	ibid.
§. quod autem.	<i>De capit. Diminut.</i>	2.116	§. si quis debitori 13.	4.13.10
princ.	<i>De legitim. patr. tut.</i>	3.9.9	§. ex contrario 14.	1.9.6
in fin. tituli.	<i>De fiduc. tut.</i>	5.376	§. si res legata 16.	1.10.44
§. fin.	<i>Atilia tut.</i>	8.406	§. si quis ancillas 17.	2.162
princ.	<i>Auctor. tutor.</i>	4.11.11	§. legati 24.	1.12.26
§. item qui rei publicæ.	<i>Ex cusat. tutor.</i>	4.13.9	§. certæ 25.	1.7.13
§. & qui.		ibid.	§. posthumus 26.	1.12.26
§. item major vers. minores.	<i>De suspell. tutor.</i>	5.376	§. incertis 27.	1.7.26
§. suspectus autem.	<i>De rer. divis.</i>	4.362	§. posthumus 28.	1.12.26
§. riparum.		4.13.8	§. sed neque hujusmodi 29.	1.7.26
§. singulorum.		13.& seq. 105.9.357	<i>De fideicom. hereditat.</i>	
§. feræ.		4.12.19	princ.	25.155
§. apum.		ibid.	§. 1.	1.1394
§. præterea usque ad §. si quis.		ibid.	<i>De singul. reb. per fideicom. relist.</i>	
à non domino.		ibid.	§. libertas 3.	1.10.16
§. cum ex aliena.		4.10.3	§. fin.	3.9.10
§. um in suo.		3.11.1	<i>De honor. possession.</i>	
§. ex diverso.		4.8.2	princ. vers. nam si.	1.12.26
§. si quis à non domino.		4.8.2.& seq.	<i>De acquisit. per adrogat.</i>	
§. in pecudum.		4.16.3.5.5.21	§. 1.	13.& seq. 379
§. interdum.		4.12.10	§. 2.	28.381
§. item si quis mercès.		4.12.9	<i>De obligation.</i>	
§. hoc amplius.		9.377	princ.	3.398
§. qua ratione.	<i>De servitut.</i>	ibid.	<i>Quib. mod. re contrah. obligat.</i>	
§. fin.	<i>De usufruct.</i>	9.174	§. 1.	5.12.5.1.11.6
§. 1.		ibid.	§. item is cui 2.	5.& seq. 362
§. constituitur.		4.5.5	§. præterea 3.	17.366
§. alia.	<i>De donation.</i>	3.11.8	§. ult.	6.& seq. 362
§. fin.		1. per totum cap. 180.11.& seq.	<i>De verb. obligat.</i>	
378.			princ.	1.100.& 14.12.6
§. 1.	<i>Quib. alien. lic. vel non</i>	3.107	§. 1.	4.173
§. 1.	<i>Per quas pers. cuiq. acquir.</i>	13.& seq. 379	<i>De duob. reis.</i>	
§. hoc quoque.		14. ibid.	princ.	18.381
§. item vobis.		1.2.10 & seq. 4.4.2	§. 1.	18.37
princ.	<i>De milit. testam.</i>	15.380	<i>De inutilib. stipular.</i>	
princ. vers. quoque enim modo.		17. ibid.	§. si quis 4.	2.5.& seq. 172. 173
§. 1. vers. si ergo.		16. ibid.	eod. §. vers. si quis alii.	ibid.
princ.	<i>De hered. instit.</i>	1.7.10	§. pupillus 9.	8.324
§. hæres pure.		11.175	§. sed quod 10.	ibid.
§. igitur.	<i>De pupillar. substit.</i>	25.133	§. item nemo 22.	37.136
§ non tamen 6.		2.116	<i>De empt. & vendit.</i>	
§. sui autem 1.		6.163	princ. instit. vers. precum.	19.381
§. extraneis.		1.9.23	§. 1.	ibid.
dict. §. vers. testamenti.		1.12.26	dict. §. alioquin.	ibid. 15.& seq. 151
§. legatum 1.	<i>De legat.</i>	1.3.4.& 6	§. cum autem 3.	9.& 19.127.150
§. si res aliena 6.		1.4.11	<i>De locat. & conduct.</i>	
dict. §. vers. hac ratione.		1.8.3	§. præterea 2.	4.12.5.3.1.7
§. si cui fundus 9.		ibid.	§. pen.	5.5.8.& seq

Juris Civilis.

§. in summa 10.	<i>De injuriis.</i>	20.381	<i>De offic. judic.</i>	
princ.	<i>De actionib.</i>	84.362	§. idèd 2 vers. si verò.	8.304
§. l. vers. quo casu.		14.262	§. publicorum 2.	11.119
§. æquè si agat 2.		3.258	§. alia deinde lex 6.	25.382
§. triplici 24.		23.382	§. item lex Julia 8.	11.375.& seq.
§. actiouum 28.		14.111.2.240		
& 12.244				
§. si quis agens 33.		14.395		
dict. §. vers. sed hoc quidem.		12.379.		
& seq.				
<i>De obligat. qua quasi ex delict. nasc.</i>				
§. 1. vers. qui hominem.		6.113		
<i>De noxalib. action.</i>				
§. fin.	<i>De satisfact.</i>	5.112.5.7.24		
princ.		8.357		
§. sed hodie 2.		7.357 25.382		
§. fin autem 1.		ibid. ibid.		
§. si vero aliquis 4.		7.377.& 10.358		
§. item in judicio.	<i>De exceptionib.</i>	5.356		
§. retinere 4.	<i>De interdicit.</i>	13.262.10.83		
§. possidere 5.		6.228		
§. 1.	<i>De pen. tom. litig.</i>	26.382		

EX ULPIANO IN FRAGM.

tit. 24. in princ.	19.55
tit. 22. §. 7. & seq.	17. ibid.
tit. 4. §. 28.	23.88.3.22
tit. 15	1.158
tit. 1. §. ut testamento.	26.67
tit. 2. §. 12.	7.182
tit. 6. §. 5.	11.207
tit. 2. §. 5.	4.226
tit. 20. §. 1.	3.375
dict. tit. 9.	7.377
tit. 1. §. 10. & 12.	7.377
tit. 23. §. 1.	15.280
tit. 11. §. 24.	8.406

EX PAULO LIB. SENTENT.

lib. 1. tit. 1.	6.113
lib. 2. tit. 17. §. fundum.	14.208





APPROBATIONES.

N I H I L quod publicationem quinque Librorum quos *De Apicibus Juris Civilis*, multa cum eruditione D. Hieronymus de Oroz edidit, prohibeat, aut retardet esse censemus, Nos infra scripti Doctores Theologi Facultatis Parisiensis. Actum Lugduni septimâ Julij 1661.

FR. JOAN. ROBÉ. *

FR. ALEXANDER RICHARD.

CONSENSUS.

H U N C Librum, qui inscribitur, *D. Hieronymus de Oroz, de Apicibus Juris Civilis*, typis mandari, & in lucem edi in urbe, sumptibus Philippi Borde, Laurentij Arnaud, & Claudij Rigaud, Bibliopolarum Lugdunensium, Ego Regis in Præfectura Lugdunensi Procurator non impedio, die septima Julij 1661.

V I D A U D.

PERMISSIO.

V I S O Procuratoris Regis consensu hunc Librum typis mandari suprâdictis Lugdunensibus Bibliopolis concedimus, & ne quis citra facultatem denuò excudat, prohibemus. Lugduni die septima Julij 1661.

S E V E.

DE APICI



DE APICIBUS JURIS CIVILIS

Liber Primus.

QUEM TOTUM OCCUPAT TRACTATUS insignis, de Regula Catoniana.

CAPUT PRIMUM.

De Authore Regule Catonianæ. De diffinitione Regule in communi. Et quare dicatur Titulus. ff. de regulis Juris antiqui.

SUMMARIUM.

- 1 *Marcus Porcius Cato multos libros scripsit. Ex illis libris multos sibi vindicavit ejus pater. Extat in Pandectis Catonis Tractatus de divitiis, & individuis stipulationibus. In testimonium adducitur Cato à variis Jurisconsultis. Catonis integer tractatus de regula Catoniana in Pandectis. Ejus tractatio nova commendatur. Cato consulatum gessit cum Lucio Valerio anno ab urbe condita 555. De utroque Catone plura remissivè.*
- 2 *Diffinitio Regule in communi, & de variis regula diffinitionibus remissivè.*
- 3 *Unde provererint omnes regule juris antiqui? Quare in ff. dicatur titulus, de regulis juris antiqui? Quid significent verbum, olim, media jurisprudentia, jus civile, antiquitas, vetustas, jus antiquum, &c. Jurisconsulti quare nominentur veteres? Quare constitutiones Principum dicantur introductæ post vetustas leges. An nomine vetustatis simpliciter significantur ll. 12. tab.*

jur. Erat adhuc in Pandectis ejus de divitiis, & individuis stipulationibus disputatio in *l. eadem 4. §. Cato 1 ff. de verb. oblig.* In testimonium adducitur à paulo in *l. si focer 4. ff. de solut. matr.* ab Ulpiano in *l. idem Osilius ff. de edil. edict.* à Celso in *l. cum bissexium 98. §. Cato 1. ff. de V. S.* à Iustitiano in *§. apud Catonem 13. Inffit. de adoption.* Iulianus in *l. 86. sententiam Catonianam vocat. ff. de cond. & demonstr. Baldo in. de regul. Caton. in gred.* Et de scriptis ejus superest adhuc in ff. integer titulus de regula Catoniana ad legata, & hæreditates pertinens, quem cupimus explicare: Ad dendo noviter plurima verissima, quorum contraria hucusque ad omnes ferè Interpretes fuerunt sine controversia. Ille Marcus Porcius consulatum gessit cum Lucio Valerio, anno ab urbe condita 555, ut attestatur Carol. Sigon. in *fact. Consular. & triumph. Romanor. tom. 1. anno 558.* De utroque Catone tam patre, quàm filio, qui plura desideraverit, videat Plutarchum in *vita utriusque Catonis*, Valentinum Frosterum de *hist. jur. civ. Rom. lib. 2. cap. 19.* Aurelium Victorinum de *viris illustrib. urb. Romæ. in vita Martii Porij Catonis, num. 87.*

Regula dicta est, eo quòd rectè ducit; nec aliquando aliorum trahit. Alij dixerunt regulam aictam, vel quòd regat, vel quòd normam rectè vivendi prebeat, vel quòd distortum, pravumque quid corrigat. Verba sunt textus in cap. regula diff. 3. Aliter diffinitur in l. 1. ff. de reg. jur. Regula est (inquit) qua rem, que est, breviter enarrat; non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est regula fiat. De Regule diffinitione de variis circa eam quæstionibus, vide Gothofredum dicta l. 1. & gloss. in rub. de reg. jur. in 6. Broncoff. de reg. jur. in diff. Balduin. diff. loc. l. 1. Non est enim instituto



I C E R O lib. 1. de Orat. ait, Marcum Porcium Catonem, Catonis senioris filium multos egregios libros de Juris scièntia scripsisse. Idem constat ex Gell. lib. 13. cap. 18. ex quibus patet ejus multa sibi vindicasse testatur Pompon. l. 2. ff. de orig. D. Hiero. de Oroz, de Apicib. Jur. civ.

A nostro

nostro, in his tam summè levibus immorari.

3 Solùm admonere volo, quòd omnes regulæ juris antiqui, quæ extant in tit. ff. de reg. jur. proveniant ab interpretatione prudentum: l. si ita 13. §. 1. ff. de lib. & posth. l. 1. de privat. delict. l. si mihi 12. §. 2. de legat. 1. l. si tibi homo 86. §. cum servus 2. ff. eod. l. procurator 11. §. 1. ff. de dol. mal. & met. except. l. illud 20. C. de collat. l. unica, C. ut actio & ab hered. & contra heredem incip. l. apud antiquos 21. C. de furt. & serv. corrup. vide infra hoc libro cap. 9. num. 15. §. si verò reus 5. in fin. instit. de satisfat. Et hoc est, quod notat verbum Antiquitas, quo utitur Iustinianus in dist. l. unica & in d. l. 21. Et hæc tractatio proveniens ex interpretatione Consultorum, vocatur jus civile. l. 2. §. his legibus latis 5. ff. de orig. jur. cum hæc pars juris statim post l. 12. tabular. ad ejus interpretationem ante prætorum edicta, ante novas leges, & constitutiones Principum à Iurisprudèntibus esset indicata, ut colligitur ex l. necessario 2. §. juris civilis 35. ff. de orig. jur. ibi: Iuris civilis scientiam plurimi, & maximi viri professi sunt. Sed qui eorum maxima dignationis apud populum Romanum fuerunt, eorum in præsentia mentio habenda est, ut appareat à quibus, & qualibus hæc jura orta, & tradita sunt, text. in l. verbis legis 120. ff. de P. S. ibi: Sed id interpretatione cõgustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium. Et ea de causa appellatur jus civile, mediâ jurisprudentia, antiquitas, vetustas, jus antiquum, antea, olim, &c. text. in §. erat olim ult. instit. de donationib. §. responsa 8. instit. de jure naturæ gent. & civ. §. ult. instit. quib. ex caus. manumit. licet §. ult. §. 1. instit. de testam. §. sed olim 3. §. Optio 23. §. incertis 25. §. posthumus 28. §. antea 34. §. pona 36. instit. de legat. §. sed quia 7. instit. de fideicom. hered. §. sed & ea omnia 14. & 15. de hered. qua ab intest. deseruntur princ. instit. de servili cognat. princ. instit. de success. libertor. princ. instit. de success. ionib. fabl. §. 1. instit. de verb. oblig. princ. instit. de liter. obligat. princ. instit. per quas personas agere possimus. princ. instit. de satisfat. princ. instit. de perpet. & temporalib. actio. l. adeo 7. §. cum quis 7. vers. est tamen ff. de acquir. rer. dom. Et Consulti, qui illas leges per interpretationem induxerunt, Veteres appellati: §. interdum 11. instit. quib. mod. tut. finitur. §. furtivè 2. in fin. dist. §. vult. instit. de donationib. dist. l. apud antiquos 21. C. de furt. l. illa institutio 32. ff. de hered. instit. l. 1. §. si usufructus 9. ff. ad leg. Falcid. l. possideri 3. §. si rem 18. & seq. ff. de acquir. possess. l. 1. §. si usufructus 9. ff. ad leg. Falcid. & passim. Et leges ipsæ sic per interpretationem prudentum constituta Veteres appellantur: l. si quis 35. §. 1. ff. de inoff. test. Vnde venit ut constitutiones Principum dicatur fuisse introductas post vetustas leges, in §. ult. instit. de milit. testam. dist. §. furtivè, vers. abolita est instit. de usucap. §. item vetustas, instit. de hered. qua ab intest. deseruntur. Vnde evenire solet, quòd quando nomine vetustatis significari intenditur leges 12. tabularum, non dicatur simpliciter antiquitas, vel vetustas, &c. sed ita nominetur antiqua lex 12. tabularum, ut constat, ex §. sed hæc quidem 5. instit. de exheredat. liberor. vel sic olim lege 12. tabularum, ut in princ. instit. de lege Falcid. vel sic primis temporibus, ut in princ. instit. de fideicommiss. hered. Et ideo, ut diximus, inferibitur in ff. de diversis regulis juris antiqui, quasi ut & ipsi earum conditores Antiqui appellantur: l. antiqui 3. §. si pars hered. per. Horum aliqua nobis tradidit doctissimus legum præceptor Antonius Pichardus in l. 1. ff. de legat. 1. numero 47. & 48.

CAPUT II.

Quid constituatur per Regulam Catonianam?

SUMMARIUM.

- 1 Verba diffinitionis Regula Catoniana referuntur, Quid constituatur per regulam Catonianam? Catoniana Regula an pertineat ad institutiones heredum? Ratio introducenda Regula Catoniana.
- 2 Servo heredem instituti an purè ligari possit? An in filio familias idem ac in servo observetur, patre ejus heredem instituto? Servus ex quacumque causa acquirit domino & ignorant, & invito, & num. 10. An legatum domino invito acquiritur per servum? Legatum se, vobis heredem relicto domino ipsi relicto videtur. Legatum extraneo tantum relinqui potest. Hereditas est omnium legatorum legatum maximum. Omnia legata ab hereditate proficiuntur.
- 3 Obijciuntur textus in l. non oportet 52. ff. de leg. 2. Hereditas, vel legatum nulli perinet, antequam deseratur. Legatum non deseritur ante mortem testatoris.
- 4 Explicatur dict. l. non oportet, Regula Catoniana statim quòd perscitur scriptura testamenti, fingit testatorem decessisse, & hereditatem heredi, & legatum legatario deferri. Verba, deferri, pertinere, diem legati cedere, pro eodem accipiuntur. Ad legatum relicto incapaci ob legem Papiam non pertinet regula Catoniana, & quare? Acriter obstat l. in ratione 30. §. pen. ff. ad l. Falcid. An in contributionem veniant legata, qua ipsi heredi, vel ejus servo purè relinquantur? An idem servetur in legato relicto in diem certum? Dies certus non facit legatum conditionale.
- 6 Cujacij emendatio ad d. §. pen. refertur. Difficultas d. §. exrollitur, & explicatur, & n. 7. Dies certus per se nunquam facit conditionem. Dies certus ex voluntate testatoris conditionem facere potest. In conditionibus primum locum occupat voluntas testatoris.
- 7 Exemplum elegans adducitur, ex l. 1. ff. de legat. 2. qua obiter explicatur. Quomodo accipiendi sunt text. in l. si quis 58. & l. illa institutio 32. ff. de hered. instit. explicatur text. in l. 1. §. fin. ff. de leg. Cat.
- 8 An in d. l. in ratione, §. pen. rectè ponatur verbum libertatis. A Cujacij emendatione defenditur. Directa libertatis diem cedere, libertatem competere idem est. Libertatem dies cedit ab adita hereditate. An in aliis rebus legatis idem sit diem legati cedere, & dominium rei legata ad legatarium transferre? Dominium rei legate per vindicationem rectè viâ transit ad legatarium statim quo adita fuit hereditas. Quomodo fingenda est species ad d. l. in ratione, §. penult. Servo alieno libertas directa non potest relinqui. Interpretatur text. in l. sub conditione 16. §. 1. ff. de cond. indeb.

III

- Ille §. emendatur à Cujacio, & refertur ratio emendationis.
- 10 Mendam §. item vobis 3. instit. per quas pers. cuiqu. acquiratur, detegitur & num. sequentibus. Qui in alieno dominio est, nihil proprium habere potest. Verbum pendè quem sensum habeat in l. etiam 32. de acquir. rer. dom. Quæ causa acquisitionis illo verbo excludatur. Legatum an dominis invitis acquiratur per servos. Quando dicatur invito acquiri, vel invito, quid fieri? Justa est possessio ejus, qui eam ingreditur domino presente, & non contradicente. Quod absenti, vel ignorant acquiritur, non potest dici invito acquiri. Domino ignoranti, vel furioso per servum acquiritur legatum. Non quoad personales actiones, sed quoad dominium. Quare ex stipulatione, vel alia ex causa invitis dominis acquirant servi.
 - 12 Legatum servo relicto domino invito non acquiritur. Legatum servo relicto dominus potest repudiare. Legatum nostrum est, nisi repudietur; at si repudietur, retro creditur nostrum non fuisse.
 - 13 Verbum ex legato irreptitum est, in dict. §. item vobis. Quare in l. acquiritur 10. ff. de acquir. rer. dom. non ponitur invitis dominis, sicut in d. §. item vobis. An inter sit ad repudiationem, vel agnationem legati, servo, an domino ipsi legatur? Legatum servo relicto ipsi servo deseritur per testatorem, & per legem domino. Ejus est repudiare, qui potest acquirere. Explicatur text. in d. l. 1. §. per servum 3. de success. edict.
 - 14 Obstat text. in l. Titia 34. §. Lucia Titia 2. ff. de legat. 2. ejusque difficultas proponitur. Fideicommissa relinqui possunt ab intestato. Fidei ejus, cui nihil relinquitur, committi non potest. Qui accipit legitimam hereditatem ab intestato, nihil moriente accipere videtur. Eo ipso quod pater familias voluit intestatum decedere, sponte reliquisse videtur hereditatem legitimis heredibus.
 - 15 Magna differentia est inter legatum delatum, & legatum acquisitum. Conciliatur dict. §. Lucia Titia cum l. legatum 7. ff. de leg. 1. Explicatur remissivè text. in l. Cajus Sejus 39. ff. de pignorat. act. l. fidejussor. 26. §. 1. ff. de pignorib. l. quidem 12. ff. de evictio. l. cum quædam 26. C. de administrat. l. ult. C. arbit. rur. &c.
 - 16 An legati vindicationis dominium ipso jure transferatur ad legatarium, an sola actio personalis? Qui habet actionem ipsam rem habere videtur.
 - 17 Dominium rei legate transfertur ad heredem, non sola actio personalis. Cujacius tollit in l. 1. §. 1. de usufr. accresc. verba, an altero repudiante quasi adulterina. Explicatur remissivè lex si Pamphilus 10. ff. de opt. leg. An legatario detur rei vindicatio contra possessorem D. Hieron. de Oroz, de Apicib. Jur. civ.

rei legato?

Qua differentia erat olim inter legata vindicationis, & cetera legata.

Hæres quasi contrahit cum legatariis ipsa aditione hereditatis.

18 Legatum ante aditam hereditatem non potest repudiari. Homo tardius operatur, quam lex.

Verba diffinitionis regulæ Catonianæ sunt hæc. Quòd si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret id legatum, quandocumque decessisset, non valere. l. 1. ff. de reg. Caton. Hæc regula testatorem, qui adhuc sanus foret, & vivus extat, accipit pro moriente; id est, fingit in eodem actu testamenti, statim quòd ejus scripturam perfecit, decessisse: & si tunc mors testatoris & delatio legati, & hereditatis verè contigissent, inutilem facerent institutionem, & legatum relicto ei, qui tunc est incapax ejus percipiendi: l. si alienum 49. §. 1. & l. seq. l. liber homo 59. §. si heres 4. ff. de hered. instit. §. in extraneis 4. instit. de hered. qualis. different. l. cum qui 104. ff. de conditionib. & demonstrat. Donel. lib. 6. comment. cap. 17. & lib. 8. cap. 6. non obstante eo quòd diutius vixerit testator; & medio tempore, ante ejus mortem capax hereditatis factus fuerit hæres (regulam Catonianam ad institutiones heredum pertinere sentimus, & fuscè scribemus infra cap. 9) vel legati, non poterit consequi: quia à principio datio ipsa legati, seu institutio heredis incapacis; id est, scriptura ipsa, in qua legatum, vel institutio scribitur (de illa vide infra d. c. 9. n. 7.) per hanc regulam improbata remansit. Ratio hujus regulæ hæc fuit, ne id quòd inutile foret, si testator statim post testamentum factum decessisset, ex causa tam levi confirmetur, quòd testator diutius vixerit: §. an servo 32. instit. de legat. l. si optio 13. ff. de opt. leg. l. Iulianus 86. ff. de condit. & demonstrat. l. cum legato 17. ff. quando dies legati ced. sic Cujacius lib. 15. question. Papiam in l. 3. ff. de reg. Catoniana. Aliam rationem tradit Donellus d. lib. 8. comment. jur. civ. cap. 13. nempe quia potestas, & voluntas legandi debeant in idem tempus concurrere, & semper alterum deficiat: ab initio enim adest voluntas, & abest potestas, postea verò mutata conditione facultas adest, & voluntas deest: & ut uno verbo aperius ratio Donelli explicetur, testator à principio legare non potuit, postea verò non legavit: Baldoim. de regul. Caton. ait ipsam regulam pro ratione esse.

Ex his inferitur, quòd servo heredis instituti (aliud in filio familias observatur, ut docebimus infra cap. 5.) purè non potest legari: text. in l. in ratione 30. §. pen. ff. ad falcid. text. in l. servis 4. Codic. de legat. text. in §. an servo 32. instit. eod. l. si legatarius 8. §. 1. ff. de legat. 3. text. in l. plane 34. §. si conjunctim 9. ff. de legat. 1. statu liberum 11. ff. de legat. 2. l. si socius 89. ff. de heredib. instit. Ratio est, quia servus existens in potestate domini, quidquid acquirat, domino acquirat, non solum ignoranti, sed etiam invito; sive quid stipuletur, sive ex donatione, vel ex legato (ut ex legato dominis invitis acquirant servi, mihi suspensum semper fuit, & falsum esse apparebit ex rationibus postea dicendis num. 10. & sequentibus) vel ex alia qualibet causa, ut attestatur Iustinianus, in §. item vobis 2. instit. per quas pers. cuique acquir. l. etiam invitis 32. ff. de acquir. rer. dom. servus 62. ff. de verb. obligat. l. absenti 10. ff. de donationib. aded, ut nec ullo temporis momento consisteret in servo: l. plane 79. ff. de acquir. hered. l. 1. §. si à parente quis manumiss. Et ideo legatum relicto servo heredi dominum

A 2

domino ipsi legatum videretur, & quasi à se ipso relictum inuoluerit datum foret. Ulpian. in frag. tit. 24. §. haredi 22. dist. l. planè 34. §. si duobus 11. l. legatum 116. §. 1. ff. de legat. 1. l. sed et si 4. §. ult. ff. de hered. instit. l. & quidam 18. ff. de legat. 1. Anton. Pichard. in l. cum filiofamilias ff. eod. quia ut ait Ulpianus dist. tit. 24. §. legatum 21. legatum ei tantum dari potest, qui extraneus est. Ceterum ab hæreditate, quæ maximum omnium legatorum legatum est, l. verbis legis 120. ff. de verb. sign. omnia legata proficiscuntur: l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. legatum 116. ff. de legat. 1. ibi: legatum est delibatio hæreditatis, & c. l. hares 22. ff. de usufruct. l. 1. §. item hares 7. ff. quando de pecul. action. ann. si. Et cum legatum seruo delatum, vel datum propter vim dominicæ potestatis iterum redderetur statim ad dominum, ideo non potest esse utilis datio legati seruo facta, quando dominus ejus hæres institutus est: quia propter dominicam potestatem, quæ efficit, ut in seruo, qui nullam personam habet, juréque civili, & prætorio pro nullo habetur, l. si hares 3. in fin. cum lege seq. ff. de cap. minus text. in l. quod attinet 32. ff. de legat. 1. §. seruus autem 4. instit. de cap. minus. nulla capacitas acquirendi esse potest, nisi ab ipsa persona domini illam participet: l. non minus 31. ff. de hered. instit. l. si mihi 12. §. regula 2. ff. de legat. 1. l. debitor 82. §. ult. ff. de legat. 2. ut rectè ex Antonio Fabro docuit sapientissimus Doctor Melchior de Valentia lib. 3. illust. jur. tract. 3. p. 1. n. 6.

3 Superioribus obstat videtur text. in l. non oportet 52. ff. de legat. 1. ibi enim Terentius Clemens hæc scribit: non oportet prius de conditione cujusquam queri quam hæreditas, legatumve ad eum pertineat, & cum hæreditas, vel legatum non incipiat pertinere ad hæredem, vel legatarium usque dum delata sit: l. delata 151. ff. de verb. signif. l. si filiusfamilias 2. ff. de castr. pecul. neque deferatur, dum mors testatoris non sequatur: l. omnia 193. ff. de regul. jur. l. hares 54. Hæres enim non per institutionem fit, sed per aditionem l. ei qui solvendo 88. ff. de hered. instit. l. post aditam 5. Codic. de impub. & aliis substit. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princip. §. illat. 3. vers. ad hanc illationem lib. 8. consue. cap. 9. & lib. 15. cap. 7. Donel. ad rubr. Codic. de testament. Duaren & alij ab Osiualdo adducti lib. 6. comm. Donelli cap. 4. litter. C. Exinde videbatur dicendum esse, quod non debeat intercidere hæreditas, vel legatum, cujus acquirendi capacitem habet hæres, vel legatarius eo tempore quo de acquisitione tractari potest, etsi purè fuisset facta institutio hæredis incaparis, vel legatum seruo hæredis relictum, cum nondum ad ipsum pertinere incipiat usque ad cessionem dici: l. cum legato 17. ff. quando dies legati cedat. si interim ante mortem testatoris fieret hæres capax, vel senfus hæredis instituti manumitteretur: & hoc videtur significari in dist. l. non oportet 52. & facit text. in l. ex castrensi 18. ff. de castr. pecul.

4 Huic objectioni occurret quicumque pro ratione adduxerit sententiam regulæ Catonianæ, quæ eo instanti, quo perfecit testator scripturam testamenti, fingit testatorem mori & per consequens hæreditatē hæredi, seu legatario deferri, pertinere: diē ejus cedere (hæc omnia pro eodem sumuntur à Jurisconsultis, d. l. non oportet l. post mortem 68. in princ. & §. 1. ff. de legat. 1. l. si Eros 11. ff. de opt. leg. l. verbum illud 18. in princ. ff. de l. l. diis 21. ff. quando dies legati cedat. l. per. §. ult. ff. de castr. pecul. l. si ita scriptum fuerit 45. §. 1. ff. de legat. 2. l. legatum 7. ff. de legat. 1.) Si statim decessisset testator verè, statim deferretur hæreditas, vel legatum ex institutione purè facta, vel cederet

dies legati purè relicti: l. si post diem 5. §. 1. ff. quando dies legati cedat. l. unica §. sin autem aliquid. C. de caduc. tollend. & quidem cederet apud dominum ipsum, quia seruus legatarius est adhuc in ejus potestate, vel hæres in sua incapacitate. Unde fit, ut d. l. non oportet 52. loquatur de casibus in quibus institutio, vel legatum non est absolute inutilis; sed propter vitium eorum, qui incapaces hæreditatis, vel legati facti sunt per leg. Papianam, ut patet ex inscriptione illius legis, cujus exemplum extat in l. cum qui 104. ff. de cond. & demonstr. & certum est ad illos casus Regulæ Catonianæ non pertinere, quia ejus legati dies non cedit à morte testatoris, sed ab apertura tribularum. l. ult. ff. de reg. Caton. l. Catoniana 3. d. tit. Ulpian. r. 1. 24. §. legatorum 31. l. qui solvendo 42. ff. de hered. instit. l. si seruum 82. ff. de acquir. hered. l. si Titius 5. §. 1. ff. de legat. 2. Et sic rectè interpretatur dictus text. in d. l. non oportet neque ad ejus intelligentiam necesse est dicere cum Ant. Fab. in jurispr. Papin. tit. 1. princ. 3. illat. 2. illam loqui in conditionalibus dispositionibus, & tunc inspici tempus existentis conditionis, præsertim cum quaeritur, an quis capere possit: quod & ita sentit Cujacius lib. 12. respons. Papin. in l. donationes 31. ff. de donat.

Acritus obstat videtur textus in l. in ratione 30. §. cum lex pen. ff. ad leg. Falcid. ubi Macianus ait quod quando lex Falcidia interuenit, id est, quando hæres quartam legatorum detrahit l. 1. d. tit. non debeat contributionem fieri eorum, quæ ipsi hæredi à semetipso, vel seruo ejus legata, fideiue commissa sunt ratione illa, quam attulimus supra. Prosequitur Consultus dicendo aliam causam esse eorum, quæ, in die certa dantur: quo affirmat, illa legata seruo hæredis instituti relicta valida esse: ergo videtur regulam Catonianam non improbare legatum à principio. Probatur consequentia, quia etiam si appositæ sit dies certa legato purum legatum est, & ejus dies cedit à morte testatoris: l. post diem §. 1. l. si diis 21. ff. quando dies legati cedat. l. sufficit 56. ff. de condit. indub. l. quoties 9. §. sed et si pura 19. ff. de hered. instit. Cujac. lib. 5. quasi. Papin. in d. l. Catoniana 2. ff. de reg. Caton. & lib. 39. quest. Pap. in l. nec si forte 2. ff. ut legat. seruo ad. causa caveatur. Et adjectio diei certæ pro nudo præcepto habetur, ut probatur ex l. si post 68. §. quod si in diem 3. ff. de legat. 1. uti ex Donello. & aliis docet Osiuald. lib. 6. Comment. Don. c. 18. litter. B. & seqq. Sed non obstante quod dies certa appositæ fuit in d. §. pen. valent legata vel fideicommissa relicta seruo hæredis instituti: ergo ut diximus per regulam Catonianam, non irritantur legata illa, quæ cedunt à morte testatoris, retrospicendo testatorem decessisse in eodem instanti, quo perfecit scripturam testamenti.

Hac difficultate oppressus Cujac. lib. 5. quest. Papin. in d. l. 3. ff. de reg. Caton. & lib. 4. observation. c. 10. in fin. mihi remedium §. illi non inuenit, quàm emendationem illius vers. alia est causa, & c. & illam sic emendat: Alia est causa eorum legatorum, quæ die incerta dantur: nam si libero dies capere debentur, ubi pro certa reponit incerta, & pro libertatis ponit libero. Hoc cauterium durius est quàm ut tolerari possit; & licet hic vers. propter ingentem oppositionem vero inter desperatas jurisprudentiæ leges merito possit connumerari, nos tamen pro viribus exigui ingenii nostri suaviorem curabimus ferre huic vulnere medelâ Itaq; dicendum est, diem certum absolute & per se nunquã facere conditionem ut diximus mox, antecedenti si athen à testatore ponatur veluti conditio, tunc dies certus, rectè conditionem faciet: in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditionem, ait Ulpianus in l. in conditionibus 19. ff. de cond. & demonstr. l. si mihi §. ultim. ff. de legat. 1. l. Titia 34. §. ultim. ff. de legat. 2. l. non aliter 69. ff. de legat. 3.

text. in l. cum delationis 18. §. ult. de instr. vel instrum. leg. text. in l. pater Severianam 101. §. conditionum 2. ff. de condit. & demonstr. l. cum questio in fin. C. de legat. (vide infra hoc lib. cap. 7. n. 24.) Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 4. princ. 6. illat. 6. Osiuald. lib. 8. comment. Donelli cap. 33. lit. C. Cujac. lib. 8. respons. Papin. in dist. l. pater Severianam in princ. & §. seqq. ff. de condit. & demonstr. Idem si voluntas testantis fuit, ut ex die certo faceret conditionem, nihil est, quare voluntas hæc non debeat seruari, veluti conditio: & sic intelligendus est hic vers. nempe testatorem diem certum veluti conditionem posuisse.

7 Superius dicta hoc exemplo elegantissimè singulariter explicabimus deducto ex textu in l. 1. ff. de legat. 2. ubi ait Ulpianus in arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest, quid enim interest, si Titius in capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit? (de interpretatione hujus leg. i. fufius agemus infra lib. 2. cap. 9.) Et certè nihil interest, si testator arbitrium ponat pro conditione: voluntas enim alterius expressa, si à testatore desideretur ut conditio can. dem vim ad faciendam conditionem habet voluntas hæc si Titius voluerit at hæc altera, si in capitolium ascenderit. Nec obstat text. in l. si quis Sempronium 68. ff. de hered. instit. ibi: Atquin si quis ita scripserit si Titius voluerit, Sempronius hæres esto, non valet institutio: quædam enim in testamentis si exprimitur, effectum nullum habent, quando si verbis legantur, eandem significationem habent, quam haberent expressè, & momentum ali-quod habebunt, nam in d. text. fuit in voluntatem alterius collata dispositio testamentaria, non concepta conditionaliter, neque appositæ veluti conditio; ideo dicitur vitiosam illam esse institutionem in l. illa institutio 32. ff. eod. tit. ubi redditur hæc ratio Jurisconsulto; Nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Si verò arbitrium hoc, seu voluntas expressa pro modo conditionis ponatur, non est vitiosa institutio, vel datio legati ut in d. l. 1. de legat. 2. & ita rectè dicitur inter hæc duo, scilicet, si in capitolium ascenderit, & si Titius voluerit nihil interesse: quia utrumque conditionaliter à testatore conceptum, non solum similitudinem, sed etiam identitatem conditionis habent: hoc omne derivatur à voluntate testatoris, quæ regit conditiones, & ex quocumque eventu potest sumere conditionem d. l. in conditionibus Sic in d. l. in ratione 30. §. pen. ff. ad leg. Falcid. diem certum, veluti conditionem posuit testator, & per consequens conditionalia fecit legata, ad quæ vires suas non extendit regula Catoniana: l. placet 4. ff. de reg. Caton. l. cetera 41. §. 2. ff. de legat. 1. Et sic etiam de conditionalibus legato accipiuntur textum in l. c. ult. d. tit. de reg. Caton. Donel. lib. 8. comment. jur. civ. cap. 13. & ibi Osiuald cum aliis litter. D. Joan. Daut. de testament. n. 318. Balduin. de reg. Caton. fufius hanc explicant & D. Simon de Villalob. in paradoxa civil. Philosoph. periphrasi 24. Aliter Maic. Lycl. membr. lib. 7. eglota 6. sed non bene.

8 Neque necesse est Cujacio pro libertatis reponere libere in d. l. in ratione: pen. nã supposita doctrina superioris de die certa conditionaliter concepta consequens est dicere libertatis diem cessione seruo antequã dies appositæ legato advenisset; id est, libertatem quæ directa est, competiisse: quia in directis libertatibus testamento relictiis nulla est differentia inter cessionem dici, & competentiam libertatis; nam eo ipso, quod cedit dies libertatis per aditionem hæreditatis (ante aditionem enim non cedit libertatis dies) dicitur competere: l. nam cum 8. ff. quando dies legati cedat. l. cum filius 76. §. servus 4. ff. de legat. 2. l. unica. §. libertatibus D. Hieron. de Oroz, de Apicib. Jur. civ.

6. C. de caduc. tollend. Ant. Fab. in jurispr. Papin. tit. 5. princ. 2. illat. 20. tit. 6. princ. 1. illat. 3. vers. contra autem & princ. 2. illat. 1. & 12. princ. 3. illat. 1. & 64. & princ. 8. in princ. Cujac ad Papin. tit. d. l. 3. de reg. Caton. & lib. 7. respons. Papin. in d. l. cum filius 76. §. servus 4. Doctor Melchior. de Valentia de acquir. hered. cap. 3. n. 10. In aliis legatis diem legati cedere, & dominium rei legata ad legatarium pervenire, distincta sunt: dies enim cedere, nihil aliud est, quàm incipere deberi: l. cedere diem 21. §. ff. de verb. signif. quod ante aditionem hæreditatis cõtingit legatario, l. hæredis aditio 7. ff. quando dies legati cedat. ibi: hæredis aditio morã legati quidem petitioni facit, cessione diei non facit: at postquã adita sit hæreditas sicut recta via dominii rei legata, quod hæreditatis fuit transit ad legatarium, nunquam factum hæredis; sic etiam competit libertas directè legata seruo ipso jure statim ab aditione hæreditatis: l. legati 80. ff. de legat. 1. l. hares 37. ff. de acquir. hered. l. cum hæ. edes 23. ff. de acquir. possess. l. quis 21. nec militi 4. Neratius 7. & expressus text. in l. si quis 9. ff. de num. testament. Idem rectè dicitur in d. l. in ratione §. ult. si libertatis dies capere cedere, ut indicaret, nihil aliud requiri ad hoc, ut competat libertas directæ in testamento relicta, nisi ut uno, & brevissimo instanti incipiat dies ejus dicere: quod contingit in instanti aditionis hæreditatis: quod quidem instans magis intellectu percipi, quàm ex loquutione exprimi potest; l. ratum 13. ff. de solut. Restat tamẽ scire, quomodo ponenda sit species, quæ adaptari possit verbis illis d. §. ult. nam si libertatis dies capere cedere cum dicamus, libertatem directam datam fuisse, & seruo alieno libertas directæ non possit utiliter relinqui: l. si alienum 49. ff. de hered. instit. l. libertates 16. ff. de fideicommiss. libertatibus l. si seruo 20. ff. qui & à quib. manum. & in d. l. in ratione 30. §. ult. ff. ad leg. Falcid. loquatur de seruo alieno, cum agat Consultus de seruo hæredis instituti: Species tamen deducenda est, ex l. si ab eo 7. C. de liber. caus. de qua latius tractabimus infra cap. 10. n. 24. & seqq. dum tractaverimus de quæstione illa, an regula Catoniana pertineat ad libertates?

Ex his, quæ diximus supra num. 6. & 7. accipit interpretationem textus in l. sub conditione 16. §. 1. ff. de condit. indub. quam conspurcatis esse dicit Cujacius lib. 8. quest. Papin. in l. sufficit 56. d. tit. ibi dicit Pomponius: quod autem sub incerto die debetur, die existente non reperitur, & ita pro existente reponit pendente: movetur hæc ratio, quod consultus velit facere differentiam inter debitum conditionale, & debitum quod sub incerto die debetur, qui tamen dies omnino stitutus est: primo casu reperitur solutum; in secundo non potest repeti: quia dies incertus quod non potest non existere, non facit conditionem: l. nam si cum moriar. 17. & seqq. ff. eod. tit. de condit. indub. quod & probatur ex l. si pupillus 9. §. 1. ff. de novationibus. Donel. & Osiuald. lib. 8. comment. jur. civ. cap. 31. litter. C. lib. 15. cap. 11. litter. B. & per consequens debitum sub incerto die, qui omnino stitutus est, solutum etiam ante existentiam diei non poterat repeti, ut constat ex l. quod si ea conditio 18. ff. de cond. indub. & ita debuit Consultus ut Cujacio placuit, pro existente reponere pendenti ad hoc, ut differentia supra dicta consistere possit. Nam respondetur, quod in dict. lege sub conditione 16. §. 1. de cond. indub. diem incertum omnino stitutum pro conditione positum fuisse ad hoc, ut ostenderetur posse inveniri species, seu eventus, quo propter voluntatem apponentis similem conditionem, fiat conditio ea, quæ ex sui natura seclusa voluntate non constitueretur, ut diximus supra d. n. 6. & 7.

Antequam ad ulteriora hujus capituli progrediamur, 10

opere pretium duximus ostendere rationem, cur Justinianum Imperatorem habeamus suspectum de mendacio in §. *item vobis* 3. *instit. per quas pers. cuiq. acquir.* quod ostendere promisi supra hoc cap. num. 2. & certe nondum puderit me hoc promississe: non enim illa, quæ à nobis dicenda sunt ad ostendendam huius rei veritatem, multum deviantur à ratione Regule Catonianæ, quæ prohibetur, servum hæredis instituti capere legatum rei relictum: nam diximus id provenire ex eo, quod servi dominis acquirant etiam invitis ex quacumque causa: illius verba sunt hæc: *Item vobis acquiritur quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulantur, sive ex donatione, vel ex qualibet alia causa acquirant: hoc enim vobis ignorantibus, & invitis obvenit dicitur. l. servus. 62. ff. de verb. obligat. l. absentis 10. in fin. ff. de donat. l. etiam invitis 32. ff. de acquir. rer. dom. l. acquiruntur 10. in princ. & §. 1. ff. eod. tit. l. liberorum 54. §. quidquid. 4. l. cum hæres 23. §. 1. ff. de acquir. possess. l. qui in servitute 118. ff. de regul. jur. l. placet 79. ff. de acquir. hæred. leg. ultim. ff. de stipulat. serm. Anton. Fab. lib. 7. conject. cap. 9. Ratio est, quia qui in alterius non solum potestate, sed etiam in dominio est, nihil suum & proprium habere potest, ut ait Justinianus in dict. §. *item vobis* Anton. Fab. in *jurisprud. Papin. tit. 7. princip. 3. illat. 2.* Ex quo principio fit, ut servi nulla bona habere possint; *l. relicto Labeo 13. ff. ex quib. caus. major. l. paterfamilias 182. in fin. ff. de verb. signif. l. lex Cornelia 28. ff. de vulg. & pupil. substit. Anton. Fab. in *jurisprud. tit. 3. princip. 3. illat. 3.* Donel. lib. 9. comment. jur. civil. capite 5. & 6.**

11 Hac universalitate acquirendi per servum dominis invitis, ut scriptum reperitur in dict. §. *item vobis instit. per quas pers. cuique acquirat.* deduci videtur aliqua causa, ex qua non sic contingat acquisitio: quia in dict. l. *etiam invitis* 32. ff. de acquir. rer. dom. ait Gajus etiam invitis nobis per servos acquiritur penè ex omnibus causis, ubi verbum penè aliquam causam excipit, ex qua dominis invitis non acquiratur: & licet non ignorem per iud verbum penè acquisitionem ex hæreditate removeri: *l. in bello 12. §. 1. de captiv. & post lim. rever. sibi: de his, que medio tempore acquirunt stipulari: e. traditione; nam hæreditatem non possunt Anton. Fab. in *jurisprud. tit. 1. prin. 7. illat. 9. & tit. 3. princip. 2. illat. 10.* quia in ea iustus domini præcedere debet additionem hæreditatis, vide infra cap. 3. num. 5. in fin. scio etiam acquisitionem ex legato excludi ex rationibus infra dicendis, Legatum acquiri dominis invitis per servum dici non potest: tunc enim dicitur acquiri invito, vel aliquid fieri invito altero, quando in præsentia repugnanti & contradicenti contingit. *l. 1. §. 1. vers. bis autem ff. si famil. furt. fecisse dicam: nam si præsens fuerit, & taceat, consentienti id fit: l. si (ut proponis) C. de nupt. sicut dicitur, quod iustam acquirat possessionem sine traditione facta à domino, si eam ingrediatur quis domino præseate, & non contradicente: quia patientia ejus pro traditione voluntaria habetur: text. in l. fundum 33. ff. de acquir. possess. Fridericus Mindan. de acquir. possess. 11. num. 3. 1. Si verò absens sit, absentis, aut ignorantis acquiritur, vel sic tale factum: *argum. text. in l. tres fratres 35. de pact. l. um Aquiliana 5. l. non est 12. ff. de transact. l. 1. §. 1. vers. & ideo ff. de his, que in testam. delent. facit text. in l. filiusfamilias 16. ff. qui testam. facere possunt.* Unde colligitur, solum eum dici posse invitum, cui velit, nolit, per servum acquiritur; & cui neque reclamatio neque contradicentia ætuli sufficiunt ad vitandum, ne ad se perveniat id, quod sibi pertinere nolit: *text. in cap. Episcopus 1. distine-***

Etone 74. & ibi glossa verbo, aut reclamantem.

Unde notandum est, quod si dominus possit repudiare id, quod servus stipulatus est, vel quacumque ex causa accepisset non diceretur invitus, sed videretur servus sibi quæsitus, suumque habuisse, postquam nemo repudiare potest quod semel accepit, vel stipulatus est: *l. sicut major 4. Codic. de acquirend. hæred. l. obligationum 44. vers. placet. ff. de obligation. & actionib. ibi: placet enim ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum, quia quod semel cuique placuit, amplius displicere non potest: leg. Pomponius 9. ff. de negot. gest. l. sicut 8. §. si voluntate 6. ff. quib. mod. hypoth. solvit. l. 1. §. illud 10. ff. de separat. l. in diem. 9. ff. de aqua & aquæ pluvie arcend. & hoc solo fundamento nititur dict. l. etiam invitis 32. ff. de acquir. rer. dom. quæ factum fuit, ut invitis dominis acquireretur obligatio, seu res servo tradita propter ejus incapacitatem sibi acquirendi ex stipulatione, seu ex alia quacumque causa, ut notavimus supra hoc cap. num. 10.*

Itaque dicere legatum per servum acquiri domino ignorantis, vel furioso, verum est: *l. si à furio 24. ff. de obligation. & actionib. l. filiusfamilias 16. ff. qui testament. facere poss. l. sub conditione 25. cum l. seq. ff. de condition. instit. l. conditionibus 5. ff. de condition. & demonstration. & hoc non solum quoad personalem actionem, ut vult Cujac. ad dict. l. 16. qui testament. facere possunt, sed etiam quoad dominium rei legatæ, ut rectè docet Anton. Fab. lib. 8. conject. cap. 19. quem refert, & sequitur Osuvald lib. 8. com. Donelli capite 18. apud quem videre poteris interpretationem qua servatur integra contextura dictæ l. filiusfamilias 16. quam & nos explicabimus infra lib. 5. cap. num. 10. & seqq. quo in capite tractabimus ex professo quæstionem illam: an in legato venditionis transeat ante agnitionem dominium rei legatæ ad legatarium, an verò sola actio personalis? ibique ab emendatione Antonij Fabri vindicabimus, dict. l. 16. ex l. cum pater 77. §. furdo 3. ff. de legat. 2. junctæ l. ultim. Codic. de verb. significat. leg. 1. §. 1. ff. de usufruct. accresc.*

12 Legatum verò acquiri per servum domino invito, ut affirmatur in dict. §. *item vobis* 3. *instit. per quas pers. cuiq. acquir.* falsissimum est; & ideo verbo illud ex legato positum ibi delendum est: hujus emendationis rationem nobis præstat Jurisconsultus Paul. in l. legatum 7. ff. de legat. 1. in his verbis: *legatum servo delato domino potest repudiare & hoc facere tenetur mox quàm resciverit: l. ratum 13. ff. de solut. mediâ aliqua dilatione; quod spatium, vocatur iustum tempus, in l. cum quidam 24. in fin. de legat. 2. l. 1. in fin. ff. de pen. legata, ibi: Postquam cessaverit l. lib. rras 17. ff. de manum. testament. ibi: si cum primum potuerit l. si periculum 20. §. ultim. ff. de stat. liber. l. quæries 24. ff. de oper. liber. Unde si dominus nolit ad se legatum pertinere, cum ejus repudiandi potestatem habeat, nescio quo pacto possit dici invitus, dum declaraverit se nolle legatum ejus fieri: nam eò ipso, quod i testetur se nolle, retroceditur, neque à principio legatum fuisse: audi hac de re Pomponium, in l. legatarius 38. §. 1. ff. de legat. 1. sic loquentem: *si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad vos pertinere, pro eo eris, quasi nec legatum quidem sit.* Si verò dominus voluerit, ut sibi per servum acquiratur legatum, non possit dici dominum esse invitum: utrumque probat text. in l. 1. §. surum 6. ff. si quid in frau-*

pat.

pat. fact. sit, in illis verbis: *quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudiatur; aut tamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est: l. servum 44. §. 1. ff. de legat. 1. ibi: tibi ubi legatarius non repudiavit, retro ipse fuisse videtur, ex quo hæreditas adita est; si vero repudiaverit: retro videtur res repudiata fuisse hæredis, si tibi homo 86. §. cum servus legatur 2. ff. de legat. 1. ibi: nam si legatarius reulerit à se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur; si non repulerit, ex die adita hæreditatis ejus fuisse intelligitur: vide quæ dicemus infra numero 5. & cap. 3. num. 3.*

13 Ex his colligitur apertè quàm falsum sit, & sic quasi injuriosum expellendum esse verbum illud ex legato positum in dict. §. 3. *instit. per quas pers. cuique acquir.* & ideo fortassis Gaius Jurisconsultus, in l. acquiritur 10. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. unde sumptus fuit dict. §. 3. referens causas, ex quibus acquiritur dominis per servos, inter quas connumerat etiam legatum, non adhibuit, dominis invitis acquiri: quia cum referret ibi acquisitionem per legatum, & illa non nisi volenti, aut ignorantis, vel furioso domino contingat, ut probavimus supra hoc cap. num. 11. & seqq. ne fallam redderet aliqua ex parte decisionem suam, à verbis illis se consultissimè abstinuit: vide infra cap. 9. num. 19. Cæterum maximè notandum est, nihil interesse ad agnitionem, vel repudiationem, an domino ipsi, an servo ejus relictum sit legatum: *l. nihil interest 12. ff. de inoff. testament. l. si alienus 62. ff. de legat. 2. l. à patre 4. ff. de legat. 3. Anton Pichard. in l. cum filio 11. ff. de legat. 1. cap. 1. num. 33. & cap. 9. per tot. idem de hæreditate docet Anton. Fab. in *jurisprud. Papin. tit. 3. princip. 2. illatione ultim. in fin.* Ratio est, quia legatum servo relictum, licet servo ipsi per testatorem deferatur, à lege tamen domino deferretur: ejus enim solius est repudiare, qui potest sibi acquirere, *l. is potest. 18. ff. de acquir. hæred. quo fit, ut relictum servo, deferatur ipsi domino: Vide hæc de re Anton. Fab. in rat. ad l. hæres 51. ff. de petit. hæred. idem quod diximus ex dict. l. legatum 7. ff. de legat. 1. probatur etiam ex l. si vero 8. §. servo 2. ff. de bon. libert. ibi: si servus, vel filio suo aliquid relictum patronus agnoverit perinde ac contra tabulas bonorum possessione repellitur, atque si ignovisset sibi relictum: unde constat, dominum posse repudiare legatum servo suo datum, tanquam sibi ipsi relictum: eodem modo in l. 1. §. per servum 3. ff. de success. edit. per servum delatum bonorum possessionem dominus repudiare potest. ubi rectè, & ad propositum nostrum posuit consultus per servum: ut intelligamus, servo ipsi bonorum possessionem non deferri, sed domino ipsi mediante persona servi: nam cum nemo possit alienam bonorum possessionem repudiare, sed solum suam, dict. l. 1. §. 1. ibi: unus enim quisque suam bonorum possessionem repudiare potest alienam non potest, & possit dominus repudiare illam quæ per servum deferretur; merito dicitur illam non tam servo, quàm per servum domino ipsi delatam fuisse, & sic fugies circa hunc §. vanam subtilitatem Belonij; lib. 2. *supplet. cap. 15.* Ex quibus manifestè apparet, nunquam constitui posse speciem, quæ dominis invitis ex legato per servos acquiratur: & per consequens quasi irrepticium in dict. §. *item vobis*, illud verbum ex legato esse respuendum.**

14 Ea, quæ diximus supra num. 12. ex dict. l. legatum 7. ff. de legat. 1. eventere videtur textus ex diametro oppositus in l. Titia 34. §. Lucia Titia 2. ff. de legat. 2. ibi: Lucia Titia intestata moriens à filiis suis rogavit, ut domum servo alieno darent (fi-

deicommissa relinqui posse ab intestato constat, ex l. conscribuntur 8. §. 1. ff. de jur. codicillor. fideicommissum enim licet non possit relinqui nisi ab eo cui aliquid datum sit, neque ultra eam quantitatem, quæ ei relicta est, §. 1. de instit. de singul. reb. per fideicommiss. relittis, l. ab eo 9. Codic. de fideicommiss. l. sed etsi 6. §. 1. in fin. ff. de legat. 3. & is, qui accipit legitimam hæreditatem, videatur nihil à fideicommittente accipere, quia recipit hæreditatem à lege sola sine decedentis voluntate: *l. illud 77. ff. de acquir. hæred. l. ea verò 3. §. de illo 2. ff. pro soc. Donel. lib. 9. comment. jur. civil. cap. 1. 3. & sequentibus.* tamen quia creditor morientem sua sponte venientibus ab intestato relinquere hæreditatem legitimam; eo ipso, quod urendo jure suo id est testando poterat eis eam adimere, & non ademit: *l. 1. §. sciendam 6. ff. de legat. 3. facit l. cum filiofamilias 11. ff. de legat. 1. idem Donel. lib. 7. comment. jur. civil. cap. 16. lib. 8. cap. 7. & ibi Osuvaldus, littera A.* ideo rectè ab intestato fideicommissi potest, *l. eam quam 14. Cod. de fideicommiss. mortua Titia ejus filii simulque hæredes dividendo hæreditatem matris pro æquis partibus actione famul. excise. l. 1. & tot. titul. ff. famul. excise. dividunt etiam inter se, sicut cætera hæreditaria bona. domum hanc servo per fideicommissum relictam, & in illa divisione domus dominus servi fideicommissarii adfuit quasi testis quæritur, an dominus à fideicommissi petitione removeatur. Modestinus respondit, non removeri, neque fideicommissum illud repudiari per dominum posse: ergo videtur dicendum, fideicommissum servo delatum dominum non posse repudiare.*

15 Hanc oppositionem facilè dissolvit Osuvald. lib. 8. comment. Donel. cap. 2. litteræ P. dicendo magnam esse differentiam inter legatum delatum, & legatum acquisitum, nam ipso jure deferretur adita hæreditate: acquiritur verò agnitione, & facta agnoscens, licet ea agnitio retrotrahatur ad diem agnitionis hæreditatis: *l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. servum filij 44. §. 1. ff. de legat. 1. l. si mihi 59. ff. de legat. 2. & ideo quia dicta l. legatum 7. de legat. 1. loquitur de legato, quod tantum delatum fuit, illud potest dominus repudiare: at in dict. l. Titia §. Lucia Titia, legatum non solum delatum fuit, sed etiam agnitionem; ideo domino repudiandi facultas non tribuitur: eodem modo conciliant hos textus Cujacius lib. 3. *observat. cap. 11.* Anton. Fab. in *jurisprud. Papinian. tit. 12. princip. 8. illat. 59. & lib. 18. conject. cap. 4.* eundem vide in rat. ad l. Gaius Scius 39. ff. de pignorat. action. ubi eam interpretatur & l. si de jussor. 26. §. pater 1. ff. de pignorib. l. quidem ex parte 12. ff. de evict. l. cum quadam 26. Codice de administr. tutor. l. ultim. Codic. arbitrium tue. & alias leges quæ huic §. Lucia Titia opponi videntur.*

16 Neque satisfaciet, si quis ad conservandum verbum illud ex legato in dict. §. *item vobis* dicere intendat, ibi acquisitionem ex legato per servum faciendam non intelligi quoad dominium ipsius rei legatæ, sed quoad actionem personalem, quæ sola legatio invito ipso jure acquiritur ab adita hæreditate, ut docet Cujacius in dict. l. filiusfamilias 16. ff. qui testament. facere poss. & in lib. 8. quest. Papin. in l. cum pater 77. §. furdo 3. de legat. 2. ubi verba textus in fin. scilicet: *quibus ignorantibus involuntarium ex testamento quæritur, sic interpretatur.* id est, actionem legatorum: *l. si furiosa 24. ff. de obligat. & action. non verò quoad dominium: quia ut ipse ait, licet plurimis in locis rem legatarii ignorantis esse*

dicatur ante agnitionem: l. si partem 19. §. 1. in fin. ff. quemadmodum servus amittat. l. magis puto §. §. furdum. 8. ff. de reb. cor. qui sub intel. vel cur. sunt, hoc intelligendum est quoad actionem, quia qui illam habet, rem ipsam habere videtur, leg. is qui actionem 15. ff. de regul. jur. & ita quod dicitur in dict. §. item vobis, ex legato invitis dominis acquiri, debeat intelligi quoad actionem acquirendam, non verò quoad dominium acquirendum.

- 17 Nam primò falsum esse videtur dicere actionem solam, & non dominium acquiri legatario ante agnitionem legati in legato vindicationis, ut probabimus infra lib. 5. cap. 8. num. 10. & probatur ex 1. leg. 1. §. 1. ff. de usufruct. accrescend. ubi Cujacius, ut se defendat: tollit verba illa: An altero repudiante, quasi adulterina, & expressè ex l. si mulier 3. §. si rem 2. ff. de legat. 3. ibi: Licet ex legato commodum sentire videatur, quod dominium nanciscitur statim, nec spectat ex stipulato actionem, & l. quis 33. ff. ad l. Aquil. ibi: Quia retro accrevisse dominium ei videtur l. si Pamphilius 10. ff. de opt. legat. (de interpretatione hujus legis vide Dotissimum virum D. D. Martinum de Larreatequi lib. 5. selectar. cap. 7. num. 3. & sequent.) l. si is qui rem 66. §. 1. de furtis, l. si Titio 10. ff. de usufr. legat. quibus datur rei vindicatio legati legatario contra possessores rei legatæ; & certum est vindicationem non dari nisi ei, quia dominium habet, l. actionum 25. ff. de obligat. & actionibus. l. in rem 23. ff. de rei vindicat. & ideo vocatur rei vindicatio, lis domini, in l. editis 18. ff. de usur. Oluvald. lib. 20. comment. Doncl. cap. 2. litter. A. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 12. princ. 8. illat. 56. tit. 13. princ. 1. illat. 20. & lib. 8. conjct. cap. 19. & in rat. ad l. 1. §. 1. ff. de condit. caus. dat. in fin. Cæterum si dominium rei legatæ in legato vindicationis non acquireretur legatario, quæ differentia olim poterat esse inter legatum vindicationis, & alia genera legatorum; cum tamen accuratè observaverit Justinian. in §. sed olim 2. instit. de legat. nam si ex legato vindicationis actio tantum personalis acquireretur, non distingueretur ab aliis legatis: ex quocumque enim genere legatorum sive per damnationem, sive per sinendi modum actio legatarii præcisè acquireretur ratio est, quia adita hæreditate, retroceditur à morte testatoris hæredem fuisse: l. heres 54. ff. de acquir. hered. textus elegans in l. si ex re 28. §. illud 4. ff. de stipulat. servor. Ex eo quo hæredem esse creditur quasi contrahit: unde actio nascitur, & acquiritur legatariis à morte testatoris ex quocumque genere legati; aliàs enim sine actione convenire hæredem non possent: §. heres 4. instit. de obligat. qua quasi ex contract. nascunt. l. si quis 5. §. heres 2. l. hereditariarum 4. ff. de obligat. & actionib. l. si legatarius 8. ff. de legat. 3. vide infra cap. 12. numer. 33. Unde cum necesse sit, differentiam statuere inter legatum vindicationis, & cætera legata quantum ad acquisitionem faciendam ipso jure, vel ex post-facto, & nulla constitui possit quoad acquisitionem actionis: quia eodem modo ipso jure ab adita hæreditate acquiritur actio legatario in legato damnationis, ac in legato vindicationis; præcisè dicendum est, differentiam constituendam esse quoad acquisitionem dominij: ita ut in legato vindicationis ipso jure acquiratur legatario dominium rei legatæ: l. legatum do. ff. de leg. 1. 2. in cæteris verò legatis non acquiratur nisi sola actio personalis: quæ differentia, si aliqua danda est, palmaria est.

Secundò, si non acquireretur legatario dominium ante agnitionem legati vindicationis nisi sola actio personalis; sequeretur, quod nemini poterat acquiri legatum, cui præcisè invito non acquireretur non solum in eo casu, quo servo relictum fuerit legatum, sed etiam in eo, quo domino ipsi datum fuisset: nullum enim remedium ad repellendam illam actionem dominus ipse invenire posset; & si aliqua reperiretur, in illo consisteret solum, quod posset repudiare legatum: sed repudiare non potest ita, ut prius actio ei non competisset Ratio evidentissima hæc est, nam si repudiaret legatarius legatum post mortem testatoris, & ante aditam tamen hæreditatem nihil ageret, quia esset præmatura repudiatio ejus legati, quod nondum delatum est, l. si ita scriptum est 45. §. 1. ff. de legat. 2. l. 1. §. decretalis 7. ff. de success. edict. argum. l. sed et si 9. §. ultim. & l. leg. ff. ad Senat. cons. Trebell. Anton. Fab. lib. 18. conjct. cap. 4. D. D. Martin. de Larreatequi lib. 5. selectar. jur. interpretation cap. 2. numer. 9. & 10. Si verò repudiasset post mortem testatoris, & statim ab aditione hæreditatis, non poterat non esse prius acquisita ei actio per legatum: l. legatum 80. ff. de legat. 2. quia tardius est naturâ ipsâ factum hominis repudiantis, quam dispositio legis deferentis: illud enim operatur in tempore: hæc in instanti; ideo præcisè invito semper acquirenda est actio; cum et si legatarius vellet, eam repudiare non posset, antequam inciperet ad eum pertinere. Si hæc vera sunt, ut sine dubio credi debet, aliquid boni erat tractari specialiter de acquisitione ex legato per servum domino invito faciendam in dict. §. item vobis, dum cum sola actio acquiratur nemini legatariorum, etiam libero-rum hominum, possit acquiri nisi invito; & in hac parte nulla queat constitui differentia inter legatum relictum servo, & relictum libero homini; & inter legatum vindicationis, & legatum damnationis. Cæterum, si verum amamus, in dict. §. item vobis non loquitur de acquisitione, quæ sit quomodocumque; sed de ea, quæ per agnitionem legati fit, quæ solâ acquiritur plenissimè legatum, ita ut repudiari amplius non possit: lege ei qui 13. ff. de condit. instit. l. cum vero 26. §. ultim. ff. de fideicom. libertatib. alia verò acquisitio dominij fit per legem, & illa potest repudiari. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 12. princ. 8. illat. 59. siquidem postquam dixit Imperator per servos domino acquiri quicquid illi nanciscuntur per traditionem, seu quid stipulerent, sive ex donatione, sive ex legato; addidit, sine ex qualibet alia causa quæ non potest intelligi nisi de causis, quibus irrevocabiliter acquiruntur in præcedentibus, sicut in sequentibus. Optimè ergo manet observatum, illud verbum ex legato auferendum esse ex dict. §. item vobis: & per consequens rectè in dict. l. acquiruntur 10. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. (unde ille sumptus est) à Consulo omissa fuisse verba invitis dominis quia cognoscebat, quod illa non poterat substineri cum acquisitione ex legato, de quo agitur in sine legis, ibi: & his convenienter scilicet legatum nobis per eundem.

CAPUT III.

An servo hærede instituto, rectè domino legetur?

SUMMARIUM.

- 1 Semi hæredis instituti domino rectè legatur. Qua legata improbet Regula Catoniana? Legatum relictum domino servi hæredis domino deferri, & acquiri potest. Jussu domini adita per servum hæreditas, domino acquiruntur. Ut servo adeat hæreditatem, debet precedere jussus domini. Jussus facti est, & non juris. Solutio, traditio venditio, quæ ratione dicantur magis facti, quàm juris? Quid significet ipso jure, quidquam fieri. An olim si servus jubente domino non adisset hæreditatem, acquireretur illa domino.
- 2 Quare legatum promptius acquiratur domino per servum, quàm hæreditas, & num. 3. Hæreditas institutio in tempus certum non potest conferri, & quare?
- 3 Legatum ex omni parte utile est. Legatum, cuius nulla est utilitas, ridiculum dicitur. Legatum domino ignoranti, vel furioso acquiruntur per servum ignorantem, vel invitum.
- 4 In legati diffinitione quid significet verbum quædam. Verbo quædam moderatur universalitas verbi donationis. Exempla plurima referuntur ex variis legibus. Perecundia ab Aristotele quomodo diffinitur.
- 5 Hæreditas commoda, & incommoda in se consistit. Hæreditas mera donatio esse nequit, & quare? Ubi nomen hæreditatis est, ibi species contractus est. Quare absque jussu domini hæreditatem servus non potest adire.
- 6 Explicatur textus in l. legatum 116. de leg. 1. Verbum delibatio quid significet. Hæreditas est genus legatorum omnium, ex quo cætera legata delibantur. Verbum derogare quid significet. In quo differat diffinitio legati, quæ est in dict. l. 116. ab ea quæ traditur in §. legatum instit. de legat. & in l. legatum 36. ff. de legat. 1.
- 7 Delatio hæreditatis est hæredis institutio magis quàm donatio quadam. Emolumentum adita hæreditatis à filio, vel servo transfertur ad patrem, vel dominum. Qua facti sunt, in filiofamilias, & servo consistunt. Aditio hæreditatis prius pendet à voluntate servi, vel filii, quàm domini, vel patris. Filius, vel servus hæres institutus immediatè est hæres à voluntate testatoris. Pater vel dominus magis videtur hæres servi, vel filiofamilias, qui hæreditatem adivit, quàm testatoris.

8 An idem dici debeat in legato, ac diximus in hæreditate quantum ad dationem. An diversum sit; postquam dies legati capiti cedere, & sic legatum deferri? Legatum servo delatum rectè viâ transit ad dominum. Servo ante agnitionem legati mortuo, & etiam ejus domino ad hæredes domini transfertur jus agnoscendi legatum. An diversum observari debeat in hæreditate, & quare?

EX his, quæ scripsimus cap. superiori n. 1. & seqq. ex §. an servo 32. instit. de legat. scilicet, quod servo hæredis instituti inutiliter legetur, improbante hoc legatum regula Catoniana; & converso dicendum est, quod si servus instituitur hæres & domino ejus legetur, legatum valere, ex §. diverso 32. instit. de legat. & non posse regulam Catonianam ei impedimento esse: ratio est, quia regula illa improbat tantum ea legata quæ si statim testator deceisset, deferri legatario non possent, ut supra probavimus cap. 2. & quod relinquatur domino, quod servus ejus hæres institutus est; potest ipsi domino deferri nam licet dominus, qui jure servum adire hæreditatè illam acquisitorus sit, tunc quando servus adit, illum dominus habeat in potestate; & ea acquisitione id etiam contineatur, ut dominus sit hæres acti ab initio ipse institutus fuisset, & non servus §. item vobis vers. est nobis inst. per quas pers. cuiq. acquir. l. acquiruntur 10. ff. de acquir. rer. dom. textus elegans in l. cum filiofamilias 11. ff. de legat. 1. & ibi Cujac. lib. 9. quæstion. Papin. non tamen hæc possunt accidere statim à morte testatoris; quia jussus domini præcedere debet ad hoc; ut adeat servus hæreditatem, d. §. item vobis instit. per quas pers. cuiq. acquir. l. si quis 24 §. jussum 4. ff. de acquir. hered. d. l. acquiruntur 10. §. 1. de acquir. rer. dom. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 7. princ. 3. illat. 3. tit. 9. princ. 4. illat. 10. & tit. 11. princ. 7. illat. 9. Doncl. lib. 7. comment. jur. civ. cap. 6. Oluvald. ibi litter. C. Quin etiam jussus domini & voluntas jubentis servum adire hæreditatem sunt facti: argum. l. divisionis 45. ff. de pact. Ex qua causa dicitur etiam solutionem, traditionem, venditionem magis facti esse, quàm juris, quia ex voluntate convenientium de facto constituuntur; l. consilio 7. §. quæstum 3. ff. de curat. furios. ita ut sola illa, quæ sine facto hominis interveniente dicantur fieri ipso jure: l. sequitur 4. §. si viam 27. ff. de usufruct. l. usufruct. 26. ff. de stipulat. servor. Faber. in jurispr. tit. 2. princ. 5. illat. 2. Egid. Hort. in dict. §. an servo 32. instit. de legat. Ideo Regula Catoniana non obest, quia potest in servo consistere institutio à principio, & vel sibi manumisso acquirere, vel alteri domino, cui potest alienare prior dominus, antequam jubeat adire hæreditatem: l. cum legato 17. ff. quando dies legat. cedat si servo 20. ibi: Et mihi acquiratur, ff. ad leg. Falcid. Potest etiam servus esse adeo protervus, ut etiam jussu domini obtemperare nolit; & tunc non adita hæreditas non poterat olim domino acquiri: l. cum proponas 3. C. de hered. institut. l. cum aliquis 21. C. de jur. delictor. Oluvald. cum Donello lib. 7. comment. cap. 6. litt. G. vide quæ dicemus infra cap. 5. num. 24.

Unde constat, legatum per servum promptius, & brevius pertinere ad dominum, hæreditatem verò tardius, & serius: & hæc differentia facit, ut dies legati servo ejus, qui hæres institutus est, relicti, utiliter, cedere non possit, quia cederet apud dominum ipsum hæredem institutum: quod contingere

contingere non posset, priusquam hereditas ad dominum ipsum pertineret, quæ statim à morte testatoris pertinet ad eum: l. hæres 54. ff. de acquir. hered. l. si ex re 28. §. illud 4. ff. de stipulat. servor. l. omni hereditas 138. l. omnem 193. de regul. jur. (Ideo non potest institutio hæredis conferri in certum tempus §. hæres, & pure 9. instit. de hered. instit. quia id non potest ad tempus mortis testatoris, quod præcisè necessarium est, cum repugnet retrotrahi tempus certum, ad mortem testatoris Hortens. in dist. §. hæres, Donel. lib. 6. comment. cap. 18. & ibi Oluvald. litter. D.) at legatum domino relinquere potest ex testamento, in quo servus ejus hæres institutus est, & dies ejus legati utiliter cedit; quia cedit antequam ad dominum incipiat pertinere hereditas: quod tunc fit; quando jussu domini à servo adita fuerit: medio enim tempore utile manet legatum.

3 Optima est superior ratio deducta ex eo, quod tardius incipiat pertinere domino hereditatem in qua servus ejus hæres institutus est, quam legatum servo relictum in illo testamento quod dominus instituitur hæres: Ratio verò, quare illa tardius, hoc citius pertinere domino per servum incipiat, in difficili est, illa tamen non inelegans, neque à principiis juris aliena, sumitur ex differentia legati, & hereditatis: legatum enim ex omni parte utile est, & nullum periculum damni continet: l. si hereditatem 32. ff. mandati l. ult. C. de hereditat. action. textus elegans in l. filio 87. de legat. 1. l. cum filius 76. §. 1. ff. de legat. 2. ibi: *Somponius ea demum onera suscipiet, quæ Mariam hæreditatis fuerunt.* text. in l. in bello §. 1. ff. de captiv. & postlim. rever. Anton. Fab. in jurispr. tit. 1. princ. 7. illat. 9. & lib. 8. conject. cap. 19. Donel. & Oluvald. lib. 8. comment. jur. civil. cap. 1. Cujac. lib. 18. quest. Papin. in dist. l. 87. ff. de legat. 1. & lib. 7. responsor. in dist. l. cum filius 76. §. 1. ff. de legat. 2. Et ideo legatum, cujus nulla est utilitas, ridiculum esse dicitur à Jurisconsulto Paulo, in l. si fundus 65. ff. ad l. Falcid. & inutile esse ab Imperatore Justiniano in §. ex contrario 14. instit. de legat. debitor 11. l. legavi 25. §. ult. ff. de liberat. legat. unde si purum fuerit legatum, domino ignoranti, vel furioso per servum non solum ignorantem, sed etiam invitum jure acquiritur, ut probant text. adducti supra cap. 2. num. 12. & 17. & text. in l. proinde 8. ff. de reb. credit. l. huic scriptura 15. ff. ad l. Aquil. l. quadam 15. ff. de reb. dub. l. si dominus 47. l. à Titio 64. l. si is qui 66. §. 1. de furt.

4 Et ea de causa diffinitur in §. 1. instit. de legat. ita: *legatum est donatio quadam in testamento relicta, ut intelligamus, non esse contractum (sicut de hereditate dicimus num. seqq.) ex quo possit ultro citroque obligatio nasci: & dicitur donatio quadam, ut colligatur, quod non sit absoluta donatio, sed donatio, quæ faciat propriam speciem donationis: & ita verbum quadam positum est ad mitigandam universalitatem generis, quæ ex verbo donatio oritur: ita in l. testamento 20. §. 1. ff. qui testam. facere poss. loquens Consulvus de captivo redempto ab hostibus hæc scribit: *quamvis placeat hunc servum non esse sed vinculo quadam retineri, donec pretium solvatur: sic l. rogasti 19. ff. de præscript. verb. quasi negotio quadam inter nos gesto: sic in l. 1. ff. de obligat. & action. aut proprio quadam jure: sic thesaurus dicitur quadam depositio pecunie: in l. nunquam 31. ff. de acquir. rer. domin. l. quod servus 36. ff. de stipulat. servor. ibi: *num & hoc genere quadam donatio est, l. quarundam 51. ibi: utrobique animi quadam genere possessio erit asistimunda, l. seq. §. 2. ff. de acquir. possess. l. verum 63. ff. pro socio, ibi: cum societas jus quoddam fraternitatis in se habeat l. sicut certo 5. §.***

*si duobus 15. in fin. ff. commodati, ibi: quare duo quodammodo rei habentur. l. ut vim 3. ff. de just. & jur. ibi: & cum inter nos cognationem quadam natura constituit: l. si optio 3. ff. qui & à quib. manumiss. ibi: nam sive optiones, sive electiones servi data: quodammodo singuli sub conditione legati videntur: l. quid sit fugitivus 17. §. idem rectè ait ff. de adil. edict. ibi: idem rectè ait, liberatis cujusdam speciem esse fugisse: l. pecuniam 79. ff. de solut. ibi: & quodammodo manu longa tradita existimanda est l. si pignore 54 §. 1. ff. de furt. ibi: *species enim lucri est ex alieno largiri, & beneficii debitorem sibi acquirere: l. ab hostibus 2. Codic. de postlim. rever. Aristoteles 4. ethicor. verendumiam (definit) esse metum quadam infamia, neque enim idem est prorsus, quod metus: verendumiam ruborem, metus pallorem inducit: sic Lactant. Firmian. lib. 6. divin. instit. cap. 18. Pecunia si quam crediderit (inqui) non accipiat usuram, ut & beneficium sit incolumè, quod succurrit necessitati, & abstinet se prorsus alieno. In hoc enim genere officii debet suo esse contentus, quem oporteat alias, ne proprio quidem parcere, ut bonum faciat, plus autem accipere quam dedit injustum est. Quod qui facit insidiatur quodammodo, ut ex alterius necessitate prædetur: Idem d. lib. cap. 17. ibi Nam parcè, id est mediocriter nisi pecuniâ quasi quadam pusillitas animi est aut pertinentis, ne sibi desit, aut desperantis, posse se illam reparare, aut contemptum terrestrium non capientis, vide infra lib. 3. cap. 1. num. 7. Idem lib. 5. c. 1. ibi: *justitia suapte natura speciem quadam stultitia habet, vide infra lib. 3. cap. 1. num. 7. sic Anton. Fab. in jurispr. tit. 8. princ. 7. illat. 5. in fin. ibi: nec tamen quod diximus patrem filiofamilias quodammodo caput esse. Cujac. lib. 19. quest. Papin. in l. unum ex familia 67. ff. de legat. 2. Oluvald. lib. 8. comment. cap. 1. litter. G. plura alia exempla sumi possunt ex eodem Cujac. lib. 12. responsor. Papin. in l. Pomponius 36. ff. famil. ercis. Quare quia nulla metus incommodi est in legato, nulla causa moræ esse potest, cur statim à morte testatoris non pertineat domino legatum servo relictum. Et è contra cum dominus hæres institutus sit, inutiliter legati dies servo relicti domino ipso, à quo proficisci non potest, cedat, cum statim per servum iterum ad dominum reverteretur legatum: ideo regula Catoniana circuitum hunc simplicem merito à principio reprobat.***

Hereditas verò non solum liberalitas est ex parte testatoris, sed etiam datio ex parte hæredis, quia non accipit tantum hereditatem ad hunc finem solum, scilicet ut bona defuncti habeat, sed etiam ad hunc alium, ut creditoribus hereditariis, & legatariis se obstringat: §. hæres quoque 5. instit. de obligat. que quasi ex contractu nascuntur l. apud Julianum 3. §. ultim. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. qui cum alio ff. de regul. jur. facit text. in l. Aristo 18. de donat. l. non enim 38. ff. ad S. C. Trebell. Anton. Fab. in ration. ad l. in conditione 9. object. 6. ff. de condit. furt. & de error. pragmat. dec. error. 2. Joan. Daut. de testam. num. 3. & num. 472. Donel. lib. 8. comment. jur. civil. cap. ultim. ibi Oluvald. litter. A. & lib. 15. cap. 14. litter. B. & C. Frider. Mindan. de acquir. possess. cap. 3. num. 19. D. D. Martin. de Larreac. tequi libro 4. select. jur. interpretat. capite 16. numero 4. Barbosa de foro comp. capite fin. numer. 130. cum sequentibus. Ex quo principio rectè colligit Papinianus in l. hereditatem 28. ff. de donat. hereditatis non posse esse meram donationem, quia eo ipso, quod donatur hereditas ultro citroque obligationes transferuntur: l. si filia 20. §. si pater. 3. ff. famil. ercis. ubique enim nomen hereditatis est: ibi: species

species contractus est per additionem hereditarium creditoribus & debitoribus hereditariis ab herede celebrati: quod maxime observandum est ad interpretationem text. in l. legatum 116. ff. de legat. 1. Et propter hoc constitutum fuit, ut per servum hereditas adiri possit, quin jussu domini præcedat, ne respectu adire hereditatis dominus invitus obligationibus hereditariis obstringatur, l. qui in aliena 6 l. si quis 25. §. jussum 4. ff. de acquir. hered. l. hereditas 61. ff. de acquir. rer. dom. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 3. princ. 2. illat. 10. & tit. 1. princ. 7. Melchior. de Valentia de acquir. possess. part. 1. num. 40. fol. 29. Anton. Pichard. de acquir. hered. cap. 14. num. 4.

6 Unde mihi videtur, minus rectè intelligi penè ab omnibus interpretibus illa diffinitio legati, quam Jurisconsultus Florentinus refert, in dist. l. legatum 116. ff. de legat. 1. ibi: *Legatum est deliberatio hereditatis, qua testator ex eo quod univèrsam heredis foret, alicui quid collatum velit.* (de variis hujus diffinitionis interpretationibus vide varios apud Oluvald. lib. 8. comment. Donelli cap. 1. litter. I.) illius verò intelligentia certa hæc est. Hereditas est primum, & summum legatorum, id est genus, à quo cætera legata derivantur: ita in potestate faciendi heredis data per legat. 12. tab. nomine legati hereditas denotatur ibi: *nisi quisque de re sua legasset. l. verbis 120. ff. de V. S. quod genus omne ad heredem pertinet; excepto, si quid de eo specialiter, & separatim testator legaverit alicui: & hoc, quod datur, veluti species à suo genere deducitur, delibatur, & eximitur, l. si peculium 10. ff. de manum. testam. In toto jure nostro generi per speciem derogatur, ait Papinianus in l. in tot. 80. ff. de regul. jur. derogate verò nihil aliud est, nisi minuire genus, modum facere generi, detrachere, excipere, excimere de genere, ut Cujacius notat lib. 23. quest. Papin. in dist. l. 80. ff. de regul. jur. & hic est verus sensus illius legis, de qua legati definitione si plura eruditè scripra capere velis, vide Valentin. postter. de success. ab intest. lib. 1. cap. 40. ipertor. Notandum tamen est, hanc diffinitionem diversam esse ab aliis duabus; quæ referuntur in §. legatum instit. de legat. & in l. legatum 36. ff. de legat. 2. nam in his agitur de legato singularum rerum, quibus nullum onus imponitur legatario, ut dixi sup. num. 3. Ubi verò deliberatio est hereditatis, ea definitio, seu legatum illud accipitur de omnibus rebus, & etiam de parte hereditatis: quæ species legati videtur magis heredis institutio, quam donatio quadam, & ideo æs alienum in se continet: l. si quis 23. ff. de legat. 1. l. si quis servum 8. §. ult. ff. de legat. 2. l. mulier. 22. ff. ad S. C. Trebell. Joan. Daut. de testament. num. 339. Et sic explicatur meliùs text. in dist. l. legatum 116. quàm eo modo quo explicuerunt eum Baldoinus, Alver. Gentil. Oluvald. dist. loc. & alij adducti & approbati à D. Franc. de Amava lib. 2. observat. cap. 14. num. 31. vide Melchiorum de Valentia in l. 1. ff. de legat. 1. cap. 3. Ad quid verò tam variæ legati definitiones in libris nostris posite sunt ut colligatur ex §. 1. instit. de legat. 1. & in pragmat. 24. Florent. in l. legatum 116. ff. de legat. 1. Modestin. in l. legatum 36. ff. de legat. 2. vide apud Marc. Liela. lib. 4. membr. ecloga 2.*

7 Cæterum delatio hereditatis, & institutio heredis citra additionem hereditatis, id est, dum ab herede non sit adita hereditas, in ipsa persona servi, vel filiofamilias consistunt (quando loquimur de filiofamilias equiparando cum cum servo, nolimus dicere eodè modo per regulam Catonianam reprobari legatum filio relictum, dum pater hæres insti-

tutus est: quia hac in re diversè esse jus filiofamilias, & servi credimus, ut docemus infra cap. 5. & 6. Sed solum fatemur quod postquam jussu patris accedat, & jubete eo adeat filius hereditatem, tunc in modo acquirendi idè jus servari in filio, ac in servo (neque ad dominum, neque ad patrem adhuc transferri possunt: emolumentum enim acquisitionis actus jam exerciti per servum, vel filiumfamilias transfertur ad dominum, vel ad patrem non verò ipsa potestas acquirendi sine facto servi, vel filiofamilias: & illius actus, qui consistit in facto capax est servus, & filiofamilias, quia illud pendet à naturali jure; & omniū, quæ juris naturalis sunt, & in facto consistunt, capax est servus, & filiofamilias; text. in l. stipulatio 38. §. huius qui 6. §. §. seq. l. si stipulatus, 76. l. quod dicitur 130. ff. de V. O. l. Sinicum 95. §. quæstum 5. ff. de solut. l. si quis rem §. idem Julianus 2. ff. de liberat. legat. l. Nefennius 22. §. 1. ff. ad l. Falcid. l. quemadmodum 46. ff. de jur. dor. Et adeò verum est dicere, delationem hereditatis consistere in servo, vel filiofamilias, ut etiam ipsa aditio hereditatis prius pendeat à voluntate servi, vel filiofamilias, quàm ex voluntate domini, vel patris: dist. l. qui in aliena. 6. §. ult. l. ei qui hæres 13. §. ult. ff. de acquir. hered. l. 1. §. quod ergo 3. ff. de quis omm. cau. testam. Et servus, vel filius hæres institutus videatur hæres immediatè à voluntate, & judicio testatoris dominus verò, vel pater, cujus jussu hereditas adita est, videatur potius hæres servi, vel filiofamilias, qui eam adivit, quàm testatoris argum. l. capisse 140. ff. de V. S.

Uterius de legato etiam idem dici potest, quia 8. antequam cedat ejus dies, in persona servi consistit, dum in facto consistit, hoc est, in ipsa donatione testatoris: perspicuus textus est in l. debitor 82. §. ult. ff. de legat. 2. ibi: *Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio: ceterum ex persona servi constitit legatum l. quæstum 91. §. duobus 12. ff. de legat. 1. l. et si 5. ff. de serv. legat. Quando verò dies legati incipit cedere, & legatum eo tempore incipiat juris esse, non potest consistere in servo; quia rectè viâ transfertur ad dominum: & ea de causa etiam si servus decedat ante agnationem legati, & quod magis est, & ipse dominus transfertur ad ejus hæredes jus agnoscendi legatum text. in l. si post. 5. l. quod puro 6. §. 1. & ult. l. heredis 7. §. inde dicimus 30. ff. quomodo dies legat. ced. Si verò decedat servus non adita hereditate, etiam postquam ejus dies cessit (quod contingit à morte testatoris, ut docuimus supra) neque ad dominum ipsum pertinet hereditas, neque ad ejus heredem transfertur jus ad eundem, l. cum proponas 3. C. de hered. instit. l. cum aliquid 2. l. C. de jur. de liber. quia adhuc multa faciendâ sperant ad hereditatis acquisitionem, ut puta, jussu domini jubentis servum hereditatem adire, & voluntas servi acquirentis, & imperio domini non repugnantis. Ex his differentiarum rationibus constat quàm citius legatum ad dominum pertinere incipiat, cum à morte testatoris id contingat, & quàm tardius verò hereditas, quæ nisi adita per servum sit, ad eum non deveniat. Ex qua causa legatum in servo improbet Regalâ Catonianâ, hæres reditatem verò non possit improbare.*

CAPUT IV.

An Regula Catoniana ex necessitate fuerit introducta, an ex abundanti danti?

SUMMARIUM.

- 1 Affirmativam sententiam plurimi defendunt. Regula Catoniana non fuit necessarii juris, sed abundantis, & quare? An Iuriscunsulti jus novum constituere potuissent? Quale fuerit officium Jurisconsultorum. Unde proveniant omnes regula Iuris antiqui.
- 2 Casu suam interpretationem de Regula Catoniana regulam appellavit. Regula Catoniana adhibetur in aliquibus legibus tanquam juris antiqui interpretatio. Regula, quæ ab initio inutilis fuit institutio ex postfacto convalescere non potest, non fuit satis clara in legatis.
- 3 Regula, quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit, circa contractus introducta fuit. An illa regula per regulam Catonianam ad institutiones hæredem fuisse extensa, & quare? Quare hæres non possit esse testis in testamento, in quo hæres instituitur. Ratio extendenda superioris regula ad legata pura traditur. Actio competens legatariis, quare dicatur actio ex testamento. Legari his solis potest, cum quibus testamenti factio est.
- 4 In hæredibus, & legatariis non fuit regula Catoniana necessarii juris, sed abundantis. An aliquid speciale per regulam Catonianam fuerit introductum? Per regulam Catonianam factum fuit, ne media tempora nocerent hæredi, & legatario. Idem in testatoe servatur jure pratorio. Aliter disponebatur jure civili. Civilis mutatio status testatoris auferbat testamenti factionem testatori activam, & prius factum testamentum irritabat. Testator incidens in vitium naturale testamenti factionem amittebat; testamentum vero antea factum non irritabatur, & quare? In quo differant verba, ritè & rectè? Majus negotium est facere testamentum, quam factum conservare.
- 5 Regula Catoniana eodem impedimento est rebus, ac personis. In rebus etiam media tempora non nocent. Conciliantur noviter text. in l. si chorus 79. §. pen. & ult. ff. de legat. 3. & l. servum filij 44. §. si arca 4. ff. de legat. 1. & l. si arca 39. ff. de legat. 2. & num. 9. & 10. Donell. Osuvaldi, & aliorum interpretum conciliatio ad superiores leges rejicitur.
- 6 Mortui nulla est voluntas, qua mutari, possit. Explicatur text. in l. qui usufructum 36. ff. de usufruct. & num. 8. Arca usufructu legato & vivo legatario insula adificata, & dirupta, usufructus arca debetur.
- 7 Idem servatur in servo legato, & manumisso, & unien- se domino in servitutum reducto, & ubi 8. & 9.

- 8 Obstat text. in l. qui res 98. §. arcam 8. vers. neque admissum est ff. de solut. Regula Catoniana non habet locum in contractibus. In contractibus puris statim nascitur obligatio. In ultimis voluntatibus nascitur obligatio post mortem testatoris.
- 9 Obstant exempla legis qui usufructum ff. de usufruct. Traditur elegans differentia inter legatum usufructus, & servitutum realium.
- 10 Ratio differentia singularis assignatur. Sine usufructu proprietas inutilis redditur. Usufructus omne rei fructuaria emolumentum continet. Quando dicitur plena proprietas. Quare usufructus facilius & per plures modos amittatur, quam dominia rerum, & servitutes prædiorum.
- 11 Proprietas servitutum contra dicit l. 36. de usufruct. & dissolvitur. Nova conjectura ad l. si arca. 39. ff. de legat. 2. Explicatur text. in l. reperici 5. §. ult. ff. quib. mod. usufruct. amittat.
- 12 Explicatur text. in §. res aliena 6. §. si cui fundus 9. & §. sed si rem 10. instit. de legat. Per legatum damnationis omnes res tam proprias, quam alienas testator legare potest. Per legatum damnationis damnantur hæredes vel facere, vel dare. Re aliena, vel pignoratà legata, cogitur hæres eam redimere, luere, & dare legatario. Si rem alienam legatam dominus vendere nolit, cogitur hæres dare estimationem. Diversum est, si rem alienam credens esse suam, vel non obligatam testator legaverit. Aliud observatur, si legat rem, quam suam esse credebat, persona sibi conjuncte. Propter necessitudinem vim fieri iuribus ipsis iustum judicatur. Exemplum est in l. si mulier 8. ff. de usufruct. accrescit l. Julius 81. ff. de condit. & demonstr.
- 13 Testator per damnationem rem alienam non potest pure legare domino. An si postea eam alienet dominus, convalescat legatum? Legatum rei aliena, & etiam testatoris non domino relictum quando irritatur? Quod legatarij est, amplius ejus fieri non potest. Diversum est, si res propria legatarij sub conditione legatur. Regula Catoniana ad conditionalia legata non pertinet. Quando legatario rei legata, qua ejus facta est post legatum, danda sit estimatio?

Hæc quaestio varios inter se habet Doctores opinionis affirmativæ scilicet, quod jus novum ex necessitate Cato continuisset, defensores existunt Dinus relatus à Bart. in l. ff. de regul. jur. num. 5. Ant. Marfil. de Ecclesiasti. redditib. cap. 14. num. 9. Anton. Fab. lib. 1. v. conj. cap. 19. Osuvald. lib. 8. comment. Donelli cap. 13. lit. A. eam comprobant, & litter. F. Omnia tamen horum sententia, & fundamentis, quibus postea satisficiemus, firmiter assevero Regulam Catonianam non fuisse necessarii juris, sed abundantis, cum Balduin. in Scævola pag. 30. Cujac. lib. 4. observat. cap. 13. & aliis, quorum aliquos refert D. D. Joan. à Parexa in otio quadrip. de regul. Catonian rationes hujus sententiæ sunt: prima, quia Cato etiam si voluisset facere novum jus, non potuisset: Jurisconsultus

sultus enim erat cujus merum officium fuit jus defendens ex l. 12. ab. interpretare; Consulti de jure veteri respondere debeant, non vero jus novum faceret: 2. §. ex his legibus §. si ita in civitate 12. ff. de orig. jur. Ant. Fab. in jurispr. tit. 1. per 3. in princ. tit. 2. pr. 6. in princ. 9. in prin. Osuvald. lib. 2. comm. Donel. licet. A. in fin. Christophor. Besoldus in delibatis juris lib. 5. pandect. quaest. 17. Et ex parte interpretationis prudentum omnes regulæ juris antiqui veniunt, quæ referuntur in tit. ff. de regul. jur. antiq. & aliis in locis l. 1. ff. de princ. delict. si ita 13. §. 1. ff. de liber & posthum. de quibus fusc egimus supra cap. 1. num. 3.

Secunda ratio est, quod Marcus Cato hanc suam interpretationem regulam appellavit, cujus natura est derivari ex antiquo jure scripto l. 1. ff. de regul. jur. ibi: Sed ex jure, quod est, regula fiat. Conan lib. 1. o. c. 5. n. 13. Orolius. in l. jura 8. de legib. n. 8. Et ita tanquam juris antiqui interpretatio adhibetur regula Catoniana in l. cum servo 17. ff. quando dies leg. ced. l. Julianus 86. ff. de condit. & demon. rat. ex illa enim regula, quæ extat in l. pen. ff. de reg. jur. scilicet que ab initio inutilis fuit institutio ex post facto convalescere non potest, quasi non satis clara in legatis esset illa regula: et apertijs demostriamo n. seg.) ad legata expressè transtulit; non ut ea comprehenderet, comprehensa enim erant in illa regula; sed ut clarijs de his ageretur: nam in legatis, quorum substantia pendet ab institutione hæredis, aliud observandum esse falsò crederetur.

Tertia ratio est, quod postquam admissum fuit à Savino in l. quod ab initio 29. ff. de reg. jur. circa contractus jus illud nempè, quod ab initio vitiosum est tractu temporis non convalescere ad institutiones porrigendum esse decrevit Iurisconsultus Rufinus in l. pen. ff. de reg. jur. (hæc extensio per regulam Catonianam facta fuit, ut docuimus infra c. 9. d. 2. discutiemus: an regula Catoniana pertineat, ad hæredis institutiones? ubi affirmativam sententiam veram esse demonstrabimus (câ fortassis ratione, quod inter testatorem, & hæredem contrahi videtur propriæ speciei contractus: §. sed neque hæres 10. instit. de testam. orain. & inde statutu fuit, quod hæres non possit esse testis in eo testamento, in quo hæres instituitur, quasi non esset legitimus in proprio contractu ejus testimonium: qui testam. nro. o. ff. qui testam. facere poss. (de hoc vide aliqua apud Ant. Fab. de error. pragm. Decad. 6. §. error. 1. hæc verò ratio visa est Catoni solum procedere posse in institutionibus, & secundum strictas juris regulas non posse ad legata extendi: quia inter testatorem & legatarios nullum contrahitur negotium, sed solum inter hæredem, & legatarios l. qui cum alio 19. ff. de regul. jur. §. hæres quoque 5. instit. de oblig. que quasi ex contractu nascunt. Donel. & Osuvald. l. lib. 15. comme nt. jur. civ. c. 14. liter. C. ideoque actio pertinens legatariis dicitur juris actio ex testamento §. si res 6. instit. de legat. l. servo 49. §. ult. non quocunque l. quaestum 91. §. ult. ff. de legat. 1. l. qui concubinam 21. §. 3. de legat. 3. Donel. lib. 8. comment. jur. civ. c. ult. in princ. ut indicaretur, actionem hanc nullum habere antiquiorem contractum ex quo oritur, quàm ipsum testamentum per additionem hæreditatis, ultima testamentorum perfectione confirmat. Unde evenit, quod nimiam hanc scrupulositatem juris contemnendo regula illa, qua de institutione hæredem sola concepta fuisse Catoni videbatur, ad legata ejus judicio & interpretatione novâ extenderetur: cum enim ipse videret constitutum, ut legari posset his solis, cum quibus testamenti factio esset saltim passiva, §. levari 24. instit. de legat. & ex regula hujus §. receptum esset per interpretationem prudentum, ut posthumo posset legatum relinquere: qui filibus 17. §. 1. in fin. ff. de legat. 1. l. 1. in fin. ff. de legat. præst. §. posthum. 1. vers. masculos autem instit. D. Hieron. Oroz de Apicib. Jur. Civ.

de exheredat. libertor. illam testamenti factionem tempore testamenti faciendi necessariam esse expressè declaravit l. 1. & tot. tit. de reg. Caton. sic eruditè docuit D. D. Ioan. à Parexa. d. otio semest. de regul. Caton.

Ex quibus rectè colligitur in hæredibus (de his 4 postea falius agendum est c. 9.) & legatariis regulam Catonianam non necessariam, sed abundantis, juris fuisse: cui regulæ ut tribuamus aliquid speciale ab ipsa constitutum (ne omnino otiosa videatur ejus constitutio; nam si uno aliquo eam obsequamur, officiosam illam esse rectè docebimus) animadverti debet ex illa Catonis regula descendere illud, quod dicitur, hæredi & legatario media tempora non nocere: §. in extraneis 4. instit. de hered. qualit. & differ. l. liber homo 59. §. si hæres 3. l. si alienum 49. §. 1. cum l. seq. l. sed §. 9. §. solent ff. de hered. instit. l. cum qui 10. ff. de condit. & demonstr. Hoc idem in testatore servatur jure prætorio §. non tamen instit. quib. mod. testam. instrumentur l. 1. §. ult. & l. seq. de honor. poss. contra tab. Aliter erat jure civili: nam omnino si testator non perseverasset civis Romanus, & paterfamilias; testamentum non solum facere non potest, sed etiam antea ab eo factum irritatur: nam §. ff. de c. minit. l. ejus 8. §. 1. ff. qui testam. facere poss. l. si quis 6. §. irritum cum §. §. ff. de injust. rupt. irrisoque fact. testam. Quod diversum erat, si in aliquo vitium naturale testator incidisset, veluti in furorem, surditatem vel in eos mores, ut bonis ei interdicendum foret; ea enim & si testamenti factionem impediant, testamentum tamen antea ritè & rectè factum (ad percipiendam differentiam horum verborum ritè & rectè vide Cujacium lib. 3. qua. 14. African. in l. si quis 6. ff. ad l. Cornel. de fals. non irritant, quia sunt facti tantum non juris impedimeta §. præterea. vers. furiosi & §. seq. instit. quib. non est perm. facere testam. d. l. si quis 6. §. 1. l. si cui 18. ff. qui testam. facere poss. unde consequenter deducitur, quod majus negotium sit testamentum facere, quàm factum conservare.

Cæterum eodem impedimento ac personis constat, obtare in principio tantum faciendi testamenti regula Catoniana rebus ipsis legatis: cætera 41. §. tractari 2. ff. de legat. 1. l. qui post testamentum 3. C. de legat. §. sed si rem 10. instit. eod. tit. & passim in his etiam media tempora non nocent l. si chorus 79. §. pen. & ult. ff. de legat. 3. dicit. l. liber homo §. si hæres 3. ff. de hered. instit. l. si fundum 81. §. pen. ff. de legat. 1. l. peculium 63. §. 1. ff. de legat. 2. l. qui usufructus 16. ff. de usufruct. Et ex his colligitur quam vanâ fatigatione insudarunt in componenda contrarietate, quæ existere videtur inter dictam: l. si chorus. §. penult. & ultim. & l. servum filij. 44. §. si arca 5. ff. de legat. 1. & l. si arca 39. ff. de legat. 2. apertissima enim est earum concordia: nam in d. pen. & seq. significatio domû & dissolutio, ac diruptio ejus fuit facta vivente testatore post factum testamentum: idque significat verba illa: medio tempore: & mutatio status tam personis legatariorum, quàm rebus legatis contingens post factum testamentum ante mortem testatoris neque legatis nocet neque legatariis: dum adhuc vivente testatore revertantur ad illum statum; in quo erant tempore illo quo fuit factum testamentum: & ideo consultus dixit: quamquam tunc peti non poterat, id est vivente testatore nunc tamen debetur quia post mortem testatoris statim cedit dies legati; & antequam moreretur, dirupta domus est; ita sensus ejus §. apertus hic est: quod licet ædificium arca cedat, & ejus fiat, cujus est liquor, l. adeo §. ex diverso 12. ff. de acquir. rer. domin. §. ex diverso 31. instit. de rer. divis. Julianus 33. ff. de rei vindic. l. in arca 33. ff. de condit. ind. b. non tamen ædificium peti potest à legatario

antequam nascatur actio ad petendam arcam; illam verò ante mortem testatoris petere legatarius non potest, quia ei nondum competit actio: postea verò disrupto ædificio veniente adhuc testatore, quando dies legati cedit, area sola invenitur; idèd area sola peti potest: quia media tempora à factò ædificio constructum fuit, & disruptum, neque legatariis, neque rebus legatis secundum regulam Catonianam debent nocere. Et hæc sententia (quæ plusquam manifesta est in *d. l. 5. pen.* (reperitur in *d. l. servum filii 44. si area 4. ff. de legat. 1.* dicendo omne hoc verum esse nisi testator mutaverit voluntatem, vel dictis retractando legati dationem, vel factis alienando servum legatum, ut in *l. cum servus 15. ff. de aliment. legat.* & sic rectius videntur conciliari superiores II. quam eo modo quo eas conciliat Guilicelm. Masius *singul opin. lib. 3. cap. 16. per tot.*

Ex quo §. 4. colligitur expressè verba illa medio tempore posita in *d. l. 5. pen.* intelligenda esse (ut diximus) de tempore, quod medium est ab instanti facti testamenti usque ad mortem testatoris, & non de tempore quod intercedat à morte testatoris usque ad additionem hæreditatis, quia agitur in *d. l. 4. de mutanda testatoris voluntate* ibi: *nisi testator mutaverit voluntatem*: quod accidere non poterat, si mortuus esset testator; mortuo enim nulla superest voluntas quæ mutari possit, neque illa ultra mortem portigitur: *l. quod si 4. ff. de aliment. legat. l. cum hic status 32. §. pavitentiæ 3. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Et sic potius adjuvantur reciprocè, quàm opponuntur hi duo §§. ita *l. si area 39. ff. de legat. 1.* ait, ædificium quod factum in area legata post factum testamentum (supplendum etiam est: & sequuntur testatoris mortem) utrumque deberi & solum & superficiem: quæ omnia quadrant dispositioni regulæ Catonianæ. Hæc, quæ ad interpretationem superiorem legum diximus, egregiè probat textus in *d. l. qui usufructum 36. ff. de usufr.* Ubi si quis legaverat usufructum areæ, & ipse insulam ibi ædificasset; & vivo testatore, qui aream legavit, insula decidat, vel densa sit, usufructum areæ deberi: cuius textus verbis, *vivo, eo* correspondens verba *d. l. 5. pen. medio tempore*, ut intelligamus media tempora non nocere neque legato, neque legatario: *l. quoties 34. ff. de usufr.* De explicatione *d. l. 36. vide Cujac. lib. 5. ad African. in d. l. ubi rationem reddit differentia inter principium legis, & versic contra vero*, quam sequitur *Osuvald. lib. 8. comment. cap. 18. liter. C.* Vide etiam quæ dicenda à nobis sunt infra *num. 8. & seqq.* ubi subtilius explicatur *d. l. 36.* Sileant ergo *donnellus, Osuvald. & alij*, quos ipse affect *lib. 8. comm. jur. cin. c. 17. liter. I.* dicentes dictum §. *pen.* intelligendum esse de area legata homini vili, quando areæ imposita sit domus magnifica, quod tunc non possit peti domus, nec area, nisi disrupto ædificio: est enim hæc frivola divinatio omni legum autoritate destituta.

Idem, quod de area diximus statuendum esse ait idem Consultus in *d. l. 79.* in servo legato & manumisso, & vivente testatore iterum in servitute redactio: nam & hic servus legatario debetur ratione illa, quod per regulam Catonianam constitutum est etiam in rebus sicut in personis, ut mutatio contingens medio tempore non noceat legato. Sed huic sensui acriter obstat textus in *l. que res 98. §. aream 8. vers. neque admissum est ff. de solut. Sed respondetur cum Osuvald *d. loc. liter. K.* quod ille versiculus tractatur de contractibus; & in contractibus non datur locus regulæ Catonianæ, per quam solum statuitur, quod media tempora non noceant: & in contractibus nascitur statim obligatio, quæ extinguitur. In ultimis verò voluntatibus nondum nata obligatio est ante mortem testatoris; & ideo nunquam potuit dici, illa obli-*

gatione extinctam fuisse: quæ interpretatio optima est. Huic tamen interpretationi obstat ratio *d. l. qui unum- fructum 26. vers. contra autem ff. de usufr.* ubi postquam Africanus in principio legis constituit, si is, qui legavit usufructum areæ, insulam ibi ædificasset & vivo testatore ædificium disruptum fuerit, usufructum areæ deberi; ratione illa, quam attulimus supra *n. 5. & 6.* diversum esse ait in eo casu, quo relictus fuit usus fructus insulæ, & vivente testatore insula disrupta sit, & iterum ædificata; & etiam in ea specie, quando usufructus scyphorum relictus, postea vivente testatore, massa ex is facta sit; & deinde scyphi iterum fiant: nam tunc non est eadè insula neque idem scyphi etiam si de novo restituantur, non debetur eorum usufructus, ergo idèd dicendū erat de servo legato, & vivente testatore manumisso, & iterum ad servitutem redacto, in *d. l. si chorus 5. ult.* Ratio est quia servum manumissum, & iterum in servitutem redactum alium hominem esse dicitur. in *d. l. que res 98. §. aream ff. de solut.* ibi: *et si servus effectus sit, alius videtur esse*: Ergo nihil interest inter ultimas voluntates, & contractus, dum res mutatur ita, ut alia distincta sit ab ea, quæ testator legaverat. Hanc objectionem, summopere opponi superioribus videtur dissolvendam esse censemus constituendo differentiam inter legatum usufructus & servitutem rerum cæterarum, usufructu enim legato quocumque modo mutaverit formam antiquam res, cujus usufructus legatus est; etiam si iterum restituatur ad eam, non idem corpus videtur *d. l. 36. l. quid tamen 10. §. in navis 7. l. reperi §. rei 2. ff. quib. mod. usus fr. amittat.* & ex eo rectè deducitur usufructum perire, in *l. si servitus 20. §. si sublatum 5. in fin. ff. de servit. urbanor. prædior.* In cæteris verò servitutibus, vel rebus media tempora non nocent; itaque mutata earum forma, & iterum restituta, usus fructus debetur, ut probatur textus adducti supra *num. 6. & dict. §. si sublatum.*

Ratio differentia non in eo consistit, quod re vera in servitutibus prædiorum & cæteris in rebus, aut in usufructu magis, aut minus corpus restitutum idem sit cum priori; sed in eo, quod propter naturam usufructus omnia in eo magis strictè & durius interpretanda sunt, ita ut nondum cœptus usufructus minus incipiat, ut non discedat à proprietate; vel si cœptus fuerit, citius ad proprietatem revertat, ne sine usufructu proprietates, quæ usufructu major esse debet, inutilis omnino persistat: *l. an usufructus 56. ff. de usufruct. l. si usufructus 8. ff. de usufr. legat. d. l. servitus 20. §. si sublatum 2. l. quid tamen 10. §. 1. & §. pen. & ult. ff. quib. mod. usufr. amittat.* Paul. lib. 3. sent. sententia rei mutat. Cum enim usufructus omne rei fructuarie emolumentum contineat: *l. movens 66. §. in fundo 6. ff. de legat. 1.* & ideo plena proprietates dicatur illa, cui usufructus conjunctus est *l. pater 15. §. ult. ff. de cast. pecul.* nihil utilitatis in proprietate esset, si per plurimos modos amittendi usufructus non reverteretur ad proprietatem quando citius potest: *l. omnium 3. §. nec tamen 2. ff. de usufr.* Quod omne in aliis rebus & servitutibus diversum est, ut non amittantur tam facile ab eo, cujus solum facta fuerant, & hæc de causa in his vivo testatore destructa forma rei, & iterum restituta, debetur legatum, ut dicitur de ædificio & scyphis: in *d. l. 1. de usufr.* & de servo legato manumisso, & iterum in servitutem redacto vivo testatore *d. l. si chorus 5. ult.* ratio illa quam supra attulimus, quia media tempora non nocent in similibus legatis. Sic meo videi diligentius interpretatur *vers. contra autem d. l. 36.* quam interpretatus fuit à Cujacio, & Osuvaldo *locis supra dictis.* Restat aduc non levis scrupulus in *prin. d. l. 36.* nam ibi areæ usufructus legatus est, non obstante quod insula areæ superposita fuit; tamen quia vivo testato-

re disrupta, vel deusta insula est, debetur usufructus areæ: ergo etiam in usufructu idem servatur, ac in aliis rebus: puta ut iterum recuperata forma rei usufructus legatus debeat: ergo non rectè dissolvitur difficultas supra adducta constituendo differentiam inter legatum usufructus, & cæterarum servitutium, & rerum. Respondendum tamen est, quod licet putetur aream insulæ, vel ædificij partem esse, dum extat ædificium *d. §. si sublatum in fin.* tamen areæ forma per impositionem ædificij occupari potius, quàm auferridendi debet: ita sublato postea ædificio non novam formam accipit, sed præteritam ostendit non occupatam, ideo ejus usufructus debetur: sicut ipsa area debetur, si legata esset: *d. l. que res 98. §. aream de solut.* Et hæc de causa fortassis in *l. si area 39. ff. de legat. 1.* postquam interpositum fuit areæ ædificium, dicitur favolens utrumque deberi & solum & superficiem: ut impositionem ædificij occupari potius, quàm auferridendi formam areæ non extinguat; si enim extingueretur, vana esset distinctio Consulti, dicentis & solum & superficiem deberi. Sic quod dicitur in *l. reperi §. ult. ff. quib. mod. usufruct. amittat.* nempe: *quod si areæ usufructus legatus sit, & in ea ædificium sit positum rem mutari, & usufructum non deberi*, intelligendum est, rem mutari, id est occupari; & usufructum non deberi, id est, donec occupata maneat area, obligationem usufructus cessare *d. §. aream*: non tamen dicitur textus, quod disrupto ædificio non debeat usufructus. Ita rectè explicatus manet ex omni parte textus in *d. l. qui usufructum 36. ff. de usufruct.* & *d. l. si chorus 5. ult. ff. de legat. 3.* in his enim legibus loquitur de rebus, quorum natura una semper est & simplex, non composita ex varietate partium specie distinctarum, sicut domus, & alia ædificia, quæ constant de rebus diversis ad unam formam constituendam unitis;

Ex his, quæ diximus supra *n. 5. & seqq.* scilicet quod media tempore non noceant, explicari debent §. *si res aliena 6. §. si cui fundus 9. & §. sed si rem 10. in fin. de legat.* Et ut clarior interpretetur, notandum est, proprium esse legati per damnationem ut possint per illum modum legari omnes res, sive testatoris fuissent, sive hæredis, sive alienæ, & alterius tertij; sive quæ jam sunt in rerum natura, sive futuræ sint, dum tamen tales sint, postquam in rerum natura fuerint ut possint dari. *Ulpian. in fragm. tit. 24. §. 8.* damnantur enim hæredes facere, vel dare: quo fit, ut hæres teneatur rem alienam, si aliena res legata sit redimere; si pignoratata legetur, eam luere, & legatario tradere: & si res aliena legatur, & dominus eam vendere nolit, in ejus estimatione; condemnandus est hæres: *non solum 4. & seqq. in fin. de legat. 1. quod in rerum 24. l. cum servus 39. §. ult. ff. de legat. 1. l. si pecunia 11. ff. de legat. 2. l. non dubium 14. §. ult. l. etiam 17. l. qui quatuor 30. §. ult. ff. de legat. 3. l. 1. §. ult. de condit. & demonstr.* Hoc tamen adhibita distinctione intelligendum est, nisi testator rem alienam legaverit credens esse suam vel hæredis, vel liberam putans, quæ erat pignoratata vel si personæ testatoris conjunctæ legavit: nam tunc propter vim necessitudinis creditur, quod eandem rem legasset etiã si cognovisset esse alienam: *l. cum alienam 10. C. de legat. si res obligata 57. ff. de legat. 1.* sicut contingit etiam in aliis speciebus, ut propter necessitudinē iuribus ipsis vim fieri honestum & justum videatur, quomodo contingit in specie elegantis, *leg si mulier 8. ff. de usufruct. accresc. l. Iulius 81. ff. de condit. & demonstr. facit lex pen. ff. de servit. l. uxorem 41. §. codicillis 2. ff. de legat. 3. l. 4. C. Theod. tit. de donat. Paul. lib. sent. 4. tit. 1. sent. filio.*

Et quamvis testator possit omnia legare tam propria, quàm aliena; tamen non potest legare domino *l. iur. Oroz. de Apic. Iur. Civil.*

ipsum rem, quæ ejus est, tempore quo legatur: §. *sed si rem 10. in fin. de legat. dict. l. cum servus 39. §. si Titius 2. ff. de legat. 1. l. proprias 13. C. de legat.* quod aded verum est, ut etiam postea legatarius dominus eam alienet, non valeat: quia legatum, quod ab initio non constituit, ex postfacto convalescere non possit: *l. cætera §. arctari 2. ff. de legat. 1.* quã ratione legatum rei alienæ; & quod magis est, rei ipsius testatoris extinguitur, si legatarius vivo testatore dominus rei legatæ factus fuerit: *l. debitor 82. ff. de legat. 1.* quia antequam dies legati cedat, jam ipsius legatarij propria est: & quod ejus semel est, amplius ex causa legati ejus fieri non potest, *dict. §. sed si rem 10. in fin. de legat. §. sic itaque 14. in fin. de action. l. plane 34. §. sed si non corpus 3. l. servus 108. §. Stichum 4. ff. de legat. 1. l. & an eadè §. actiones 2. ff. de except. rei judic. l. 3. §. ex pluribus 4. ff. de acquir. possess. l. ex promissione 19. ff. de obligat. & act. l. inter stipulantes 83. §. sacram. 5. ff. de V. O. l. in perpetuum 61. ff. de solut.* Hoc tamen ita observatur, nisi sub conditione legeatur, nam tunc si tempore existentis conditionis res alienata inveniat, valet legatum quia à principio valuit: regula enim Catoniana ad conditionalia legata non extenditur *dict. l. cætera 41. §. arctari 2. de legat. 1. l. mea res 98. ff. de condit. & demonstrat.* Ulterius, si legatum rei alienæ purum sit, etiam si vivo testatore, ejus dominus fiat legatarius; dum tamen vivente adhuc eo alienaverit, tenebit legatum; quia media tempora non nocent: & nihilo magis in legato puro medium tempus inspicimus, quam initium in conditionali, *dict. l. quoties 34. l. qui usufructum 37. ff. de usufruct. l. si chorus 79. §. penultim. & ultim. ff. de legat. 3.* Amplius, etsi non alienaverit quamvis legatarius rem ipsam nunquam consequatur, quia eam jam habet, ejus tamen estimationem aliquando consequitur: puta, si ex onerosa causa rem obtinuerit, quasi res ipsa videatur abesse, dum pretium abest: *l. Labeo 14. ff. de V. S. l. plane 34. §. quod si rem. 7. l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. l. si servus 108. §. Stichum 4. ff. de legat. 1. l. ultim. ff. de rer. permutat. l. non videtur 38. ff. de usufr. l. sed si quis 33. cum seqq. ff. de pecul. l. ult. ff. quib. ex caus. in possess. eat.* Et sic explicavimus hæc omnia breviter, ut indicemus partem, ex qua conveniunt huic capiti; & ut cognoscamus aene rebus ipsis legatis media tempora nocere.

Vt ultimam manum & perfectiorem imponamus questionem hujus capituli, superest, ut respondeamus fundamentis, quibus movetur Osuvaldus ad affirmandum regulam Catonianam necessarij juris fuisse, non abundantis; illa tamen remittimus solvenda infra *cap. 9.* dum statuerimus questionem: *an Catoniana regula pertineat ad hæreditates?* & quia necesse habemus ibi rationes Antonij Fabri referre & refutare; ideo de his tractare hic recuso, nè de una re multiplicatam faciam scripturam.

CAPUT V.

An patre hærede instituto legari possit filiofamilias? Et an filiusfamilias jure ff. fuisset capax acquisitionis?

SUMMARIUM.

1. Fere omnes interpretes non admittunt differentiam

7

11

13

- tiam inter filium, & servum circa regulam Ca-
tonianam; & num. 1.
Tota questio vertitur in disquirendo, an filius fa-
milias iure ff. fuisse capax acquisitionis,
necne?
Sententia negativa Auctores referuntur.
2. Auctoritatem eorum veneratur Auctor.
3. Pro affirmativa sententia afferuntur plurimi tam
recentiores, quam antiquiores.
Sententia Auctoris est, filium familias fuisse ca-
pacem acquisitionis.
4. Filius familias personam integram habet in civi-
tate.
In numero civium Romanorum connumera-
tur.
Ex omnibus contractibus obligatur.
Servus neque caput, neque personam habet in ci-
vitate.
Pater & filius pro una persona habentur, & n. 5.
& 6.
5. Differentia quadam inter filium, & servum refer-
tur.
Per ius civile pro distincta accipitur persona filij
à persona patris.
Quomodo filiones iuris inveniuntur naturam,
Dominus, & servus non possunt haberi pro eadem
persona.
6. Differunt factum acquirendi, & acquisitio ex facto
resultans.
Nancisci quid ex traditione, stipulatione, vel alia
causa, in facto consistit.
Hoc factum non transit ad patrem.
Filius proveniens ex facto filij semper acquiritur
patri volenti.
Patri volenti nunquam acquiritur per filium fa-
milias.
Explicatur lege 1. ff. si à part. quis manum.
7. Servi acquirunt dominis invidis, & quare.
Filij acquirunt patribus volentibus, vel ignorantibus,
non invidis.
Superiorum ratio differentia refertur.
Dominica potestas odio servorum inducitur fuit.
Quingenti servi Roma occisi pro morte unius Se-
natoris.
8. Patria potestas favore patrum introducta, non odio
filiorum.
Patria potestas filiis nocet solum, quando patribus
prodest.
Filius identitatis patris, & filij aliquando cessat
propter utilitatem filij.
Propter utilitatem dissimilitudines potius, quam
similitudines sequimur.
Patria potestas consistit in pietate, non in atrocitate.
Patria potestas quare dicatur vinculum potesta-
tis?
Exemplum traditur ex l. Imperator 50. ff. ad S.
C. Trebell.
9. Pro affirmativa sententia multa iura noviter addu-
cuntur.
Adducitur l. ult. ff. de stipulat. ser. & n. 10.
An recte dicatur filius manumitti?
Patri acquiritur obligatio ex stipulatione filij &
si fiat illa sub conditione, qua post emancipa-
tionem filij adimpleatur.
Stipulatio ex presenti vires accipit.
10. Filius sibi acquirit ex stipulatione, si pater nolit
sibi per filium acquiri.
Explicatur in dict. lege ultim. verba: si

- tamen dolo malo id fecerit.
11. Secundo probatur nostra sententia ex l. 47. §. 1. ff.
de fideiussor.
Proponitur ejus species & ponderatur.
12. Fideiussio obligationem principalem antecedere, &
subsequi potest.
Fideiussio sequitur naturam principalis obliga-
tionis.
Fideiussorem accipiendo filius familias sic: quan-
tam pecuniam credidero tibi esse jubes;
si post emancipationem crediderit. Fideiussoria
obligatio patri non acquiritur ipso iure, sed fi-
lio intuitu patris.
Contractus, qui re perficiuntur, non habent alius
originem à rei traditione.
In contractibus, qui re perficiuntur, nullus requi-
ritur consensus.
Contractus, qui re perficiuntur, nunquam retrotra-
huntur.
Verba dict. §. 1. filio verò humanitatis intuitu
obnoxius esse debet, ponderantur.
Senatusconsultum Macedonianum non competit
promittenti filio, si emancipatus crediderit.
Singulari novitate explicantur superiora verba.
Verbum, Si aliquando accipitur pro, quia.
13. Tertia probatur sententia ex l. §. fin. ff. si à paren-
tis manu, sic.
Ejus vis proponitur unico syllogismo, & explica-
tur, numeris seqq.
Referuntur plurimi Auctores, qui verba dict.
§. intelligunt de querela inofficiosi testa-
menti.
Refutatur sensus interpretum circa ius antiquum
novissimà ratione, & num. seqq.
Querela inofficiosi antiquior est bonorum possessio-
ne contra tabulas.
Per bonorum possessionem contra tabulas reje-
nditur testamentum.
Testamentum, quod nullum est, non potest rumpi.
Patri manumissori datur bonorum possessio ad
exemplum patronorum.
Patrono heredi non instituto ex debita parte datur
bonorum possessio.
Excluditur à querela qui quartam partem here-
ditatis habet ex quacunque causa.
Patronus accipiens bonorum possessionem plus
quam quartam partem hereditatis conse-
quitur.
Accipiendo bonorum possessionem comprobatur te-
stamentum.
Accepta bonorum possessio præsupponit validum te-
stamentum.
Testamentum per bonorum possessionem approba-
tum non potest per querelam improbari.
14. Filius familias non potest facere testamentum.
Alia ratio quare ius antiquum non significet
querelam inofficiosi testamenti.
Osuvaldus novo argumento rejicitur.
Filij patris manumissori non admittuntur ad bo-
norum possessionem manumissi filij.
Diversum est in bonorum possessione liberti.
15. Distinctio interpretum dict. §. fin. rejicitur.
16. In dict. §. ius antiquum recte accipitur de iure
dominij patris.
An illo iure occupet pater bona, qua filius habuit
ante emancipationem, an etiam quaesita post eam.
Illud ius antiquum postliminij similitudine habet
pater.
17. Patria potestas non tollit militiam.
Filius familias miles habetur pro patre fami-
liarum.

- litas quoad dispositionem bonorum.
Emancipatio ex filiofamilias facit patrem fa-
milias.
Querela cum bonorum possessione concurrere non
potest.
Miles si decedat intestatus non potest habere hæ-
redem legitimum.
Idem si testatus decedat instituendo heredem pa-
trium suum.
Non est bona consequentia, filius est capax ac-
quisitionis: ergo pater non habet ius dominij in
eius bonis, neque post mortem filij
18. Superiora prosequuntur.
19. De iur. ex. exemplum elegans ex l. filio 17. ff. de
injust. rupt.
Agitur de ejus legis interpretatione remis-
sive.
Ex testamento nullo nihil deberi potest.
20. Bonorum possessio, accepta non tollit emancipatio-
nem, tollit memoriam ejus.
Aliud exemplum, in l. si patronus 55. ult. ff. ad
S. C. Trebell.
Pluribus explicatur ius antiquum, quid sit.
Pater heredem facere non potest.
Per additionem hereditatis acquiritur domi-
nium.
Dominium semel acquisitum perpetuum ius præ-
stat.
21. An interstiti patri habere bonitarium tantum, aut
quiritarium dominium in bonis filij emanci-
patis.
22. Quarto probatur sententia ex l. pater 15. §. ff. de
castr. pecul.
Textus species proponitur, & explicatur, &
num. 23.
Extra peculium castrense patri acquirit volenti,
vel ignorant filij familias.
Antonij Fabri objectio ad dict. l. 15. §. fin. remove-
tur.
V usufructus non est, qui à proprietate separatus
non est.
Consolidatio usufructus an sicut amissio est ex
parte fructuarii, si etiam acquisitio ex parte
proprietarii.
23. V usufructus durat pars feudi etiam post consolida-
tionem.
V usufructus portionem rei obtinet.
V usufructus similis est parti dominij.
V usufructus dominio cuiusque rei inest.
An ille usufructus servitus sit?
De quo usufructu agatur in l. 70. §. ff. de fide-
iussorib.
Ab Antonij Fabri laceratione servatur, dict.
§. 2.
Explicatur l. 3. §. 5. ff. de reb. eor. qui sub tutel.
vel. cur. sunt.
24. Quoad sententia probatur ex l. 13. §. ult. ff. de ac-
quir. hæred.
Filius sine patre, & pater sine filio hereditatem
filio delatam non potest repudiare.
Diversum est in servo herede instituto.
Explicatur l. 8. §. 2. de bonis libertor.
Quando pater ult. sibi acquiri per filium nulla
distinctio est inter patrem & filium.
Bartoli elegans observatio ad dict. l. 1. 3. §. ult.
referitur.
25. Refertur, & reprobatur Valentia interpretatio, ad
dict. §. ult.
26. Plurimi textus ad firmandam nostram sententiam
ex interpretibus cumulatè referuntur.
D. Hieron de Oroz de Apicib. Iur. Civ.

27. Fundamenti contraria sententia respondetur con-
tra Valentiam.
Ejus primi fundamenti verba referuntur, & con-
tra eum detorquentur.
Patria potestas quomodo parentibus concessa
sit.
Filiifamilias absolute capaces sunt sibi acquirendi
Per parvam potestatem capacitas filij ad acqui-
rendum occupatur potius, quam tollatur.
28. Valentia hoc vel illo casu potuisse filium acquirere
sibi, ait; idque contra eum detorquentur.
29. Secundum fundamentum ex l. 2. 2. ff. ad S. C. Tre-
bell. referitur & dissolvitur.
Textus in l. ubi pure 19. eod. tit. interpretatur.
Textus in l. 1. §. 19. ff. de legat. 3. & l. filium 16
ff. de aur. & arg. legat. explicantur.
30. Alia elegans interpretatio ad superiores ll. ex inter-
pretatione prudentem affertur.
Antiquius non valebat legatum relictum post
mortem heredis, vel legatarii.
Actiones neque heredibus, neque contra here-
des olim poterant, incipere.
Id sublatum fuit per imperatorem Iustinianum
Tempus moriendi vita tribuitur.
Purum est legatum in tempus mortis legatarii.
Legatum relictum in tempus mortis heredis, vel
alterius conditionale est.
Ratio differentia redditur.
31. Tertium fundamentum adducitur, ex l. 5. ff. de col-
lat. & l. 6. ff. unde liberi.
Antonij Pichardi interpretatio refertur & proba-
tur, & num. 32.
32. Alia subtilior interpretatio noviter traditur ex veri-
bis l. 6. singulari modo ponderatis.
Universalitas negativa omnem omnino fructum
excludit.
Adventitio peculio reputatur, quidquid filius ac-
quiri sibi, dum est in patris potestate.
Quod in peculio adventitio habet filius, pater ei
ad librum potest auferre.
33. Quartum fundamentum deducitur ex difficili l. 56.
§. 1. ff. de fideiussorib.
Ejus species referuntur, & difficultas proponitur 2
Inter patrem & filium naturalis obligatio consiste-
re potest.
Explicatur remissive text. in l. 41. ff. de pecul. &
ab emendatione Fabri vindicatur.
34. Obligationsi naturali accedere potest fideiussoria.
Superiori difficultati dupliciter respondetur.
35. Filius non acquirit sibi quando ejus acquisitio
præjudicium affert paterno patrimonio
Reus principalis tenetur fideiussori actione man-
dati, fideiussor solvitur.
Quando pater stipulatur à filio neque civilis, ne-
que naturalis oritur obligatio.
Qui stipulanti animam habuit, ex stipulatione
inutili neque naturalis oritur obligatio.
Explicatur ratio à Paulo tradita in dict. l. 56.
§. 1. puta: quia non potest pro eodem & ei-
dem esse obligatus.
36. Quintum fundamentum deducitur ex l. 31. §. 2. ff. de
donat.
Donatio per patrem facta filiofamilias non va-
let.
Qui donat, statim vult accipientis fieri, quod
donat.
37. Rejicitur responsio Antonij Fabri ad dict. l. 31. re-
missive.
Antonij Pichardi interpretatio refertur, & pro-
batur.

- Filius familias ex donationibus extraneum sibi potest acquirere.*
- Prohibita est donatio inter virum & uxorem, & quare.*
- 38 *Obiectio Valentia ex l. siue emancipati C. de donat. refertur, & ei responsetur.*
- 39 *Alia laudanda responsio ad dict. l. 31. ducitur ex Larreatequi.*
Pater donando, filio constituit peculium, si nominatum non dicat se velle dominium rei donatæ in filium transferri.
Eadem interpretatione conciliantur text. in l. 13. C. de collat. & l. 18. C. famil. etc.
Eodem modo interpretandum est text. in l. 37. §. 1. ff. de acquir. rer. dom.
- 40 *Pater donando filio, peculium constituit.*
Explicatur iterum dict. l. siue emancipatis. Text. in l. 1. §. 1. l. 4. ff. pro donato l. 2. §. ult. ff. pro hærede explicatur.
Obstat contra nostram sententiam affirmativam text. in l. 1. §. 1. ff. si quis aliq. testare prohib. ver. cogger
Nova & elegans interpretatio traditur dict. §. Explicatur superior tit. remissive.
Explicatur. text. in l. 2. C. de libert. & eor. liber

Interpretes ferè omnes nullam differentiam constituunt inter filium familias, & servum circa regulam Catoonianam; ita ut distinctè affirmet de filiofamilias ea omnia, quæ supra cap. 2. num. 2. & seqq. diximus de servo; motu eodem fundamento, quod filiusfamilias quantum ad acquisitionem iure ff. tam incapax fuerit sibi acquirendi, ac erat servus; & inter substantentes hanc rationem numerantur etiam nostræ ætatis doctissimi viri D. D. Joannes de Chumacero select. jur. disp. 2. D. D. Melchior de Valentia qui fusiſſimè & validissimè ad eam rationem, & juris fundamentis eam munivit, ut ferè inexpugnabile posteritatis præsidium opposuisse videatur tract. 3. illustr. tit. de acquir. de hæred. par. 1. per tot. DD. Martin de Larreatequi aliud agens lib. selectar. 8. cap. 10. num. 3. Valentia. Froster de success. ab int. lib. 7. cap. 2. n. 4. Oluvald. lib. 8. comment. Donelli cap. 10. liter E. Donel. lib. 9. comment. jur. civ. cap. 5. & ibi Oluvald. liter. L. & seqq. ægid. Hortens. princ. instit. de auctor. iur. in §. 2. in tit. per quos pers. cuiq. acquirat in §. ar. serv. vo 32. instit. delegat. & in §. 1. instit. de stipulat. servor. & alii plurimi Doctores.

Tot magnorum virorum auctoritati cedo libenter, quod enim ab eis scriptum est, modèſtè credi debet, non audacter disputari. Tamen quia rota quæstio nostra: an pater hæredè instituto rectè filio legatur; pendeat quasi à firmissimo, & necessario principio ab hac altera quæstione: an filius familias iure ff. fuisset capax acquisitionis; illam sumere exagitantem, & ioter tam magnos jurisprudentiæ Magistro, jud. cij mei renuitatem patefacere cogor.

Alterâ sententiâ, scilicet quod filiusfamilias iure ff. fuisset capax acquisitionis in eo casu, quo nolit paterfamilias sibi per filium acquiri; habet viros etiam summopere doctos: primus inter magnos iuriconsultos maximus Anton. Fab. referendus est, qui illam tenaciter docuit plurimis in locis. Præter illa, quæ refert. D. D. Melchior de Valentia dict. loc. eandem opinionem tenuit in jurisprudentia Papin. tit. 3. princ. 8. illat. 2. tit. 11. princ. 7. illat. 9. & princ. 10. illat. 4. tit. 8. princ. illat. 4. & princ. 7. illat. 5. 6. & 10. Anton. Pichard. in tit. de acquir. hæred. cap. 15. qui sibi affirmat num. 2. & 3. Accursum tenuisse eam sententiam in l. cum filio 11. ff. de legat. 1. verbo cum ipsi Socinâ ni l. 1

§. fuit quæstum 13. col. pen. num. 6. ff. ad SC. Trebell. & in l. cum filio 11. & cons. 172. col. 3. volum. 2. Romanus in l. placet 79. de acquir. hæred. Hieronym. Cagnol in l. si emancipati 9. C. de collat. num. 186. Hypolit. Riminald. in princ. instit. de donat. num. 105. Cujac. in l. 3. in l. si quid 7. de minorib. & Schifordeger. Forens. disputat. lib. 8. tract. 5. quæst. 9. Lancellor Polit. de substit. partic. 3. vers. tractari solet num. 22. & 24. & in annotationes ad l. cum filio 11. de legat. 1. qui refertur volum. 8. tract. D. D. fol. 56. quibus etiam & Ego subscribo, Et quia adversæ opinionis defensionem, & hujus nostræ impugnationem totis viribus post alios omnes exhibuit D. D. Melchior de Valentia; in quo omnia quæ alii nervose dixerunt, inveniuntur reperita, & aucta, cum eo erit tota concertatio nostra: utinam ad eod feli sit, ut lectoris voto valeat respondere.

Tamen ut claris & rectis edocere possim firmissimis fundamentis niti sententiam nostram, adnotare oportet cum ipso Valentia dict. loc. num. 6. filiumfamilias distingui à servo in eo præcisè, quod personam integram habeat in iure cum civium Romanorum numero non magis quàm paterfamilias referatur ab Ulpiano in l. nam civium 4. ff. de his, qui sunt sui vel alien. iur. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 3. princ. 6. in princ. Et ex omnibus contractibus tanquàm paterfamilias obligetur: l. tam ex contractibus 57. ff. de iudic. l. filiusfamilias 39. ff. de obligat. & act. Anton. Fab. dict. princ. 6. illat. 5. Servus verò neque caput in civitate, neque personam habet cum pro nullo habeatur. l. liberis 3. §. 1. in fin. cum l. seqq. ff. de cap. minut. l. nullo 7. ff. ad l. Cornel. de fals. l. 1. §. 1. ff. de iur. deliber. l. quod attinet 31. ff. de regul. iur. §. servus autem 4. instit. de cap. minut. Anton. Fab. in jurispr. tit. 3. pr. 1. in princ. vers. observandum & princ. 3. illat. 2. tit. 4. princ. 4. illat. 1. tit. 6. pr. 3. illat. 2. tit. 7. princ. 4. in pr. 3. tit. 8. pr. 3. illat. 4. & princ. 6. in princ. & ill. 1. 5. Ulterius quod pater & filius pro unica persona habeantur in republica Romana attento patriæ potestatis nexu, & strictissimo sanguinis & charitatis vinculo: l. his nulla 4. ff. de iudic. l. imperator 50. ff. ad SC. Trebell. ne cum filiofamilias ff. de furr. Emund. Meril. lib. 3. observa. cap. 4. & alij, quos refert Valentia dict. loc. num. 5. qui ad eod archifistam constituit patris, & filii identitatem, ut persona filii videatur radicata in persona patris; & hunc sensum tribuit Antonio Fab. in jurispr. tit. 8. princ. 7. illat. 3.

Tacuit tamen Valentia elegantem differentiam quam Faber tradit in fin. dict. dilationis in his verbis. Neque tamen quod diximus patrem filii familias quoddammodo caput esse sic accipi volumus: quasi filiusfamilias proprium caput non habeat aut in civitate, aut in domo (id enim pugnaret cum eo, quod toties diximus filii familias personam esse integram; itemque cum eo, quod Ulpianus scribit in l. pronuntiatio 195. §. familia ff. de V. S. quotquot in familia sunt, patri familias subjecta esse) sed ad fictionem illam juris respicimus, quæ facit, ut patris, filiique non nisi una persona esse existimetur. Si enim rei veritatem inspicimus, etiam secundum jus civile quod patresfamilias à filiisfamilias distinguit, aliud est caput patris, aliud filii: neque potest fieri sine monstruo, ut duarum personarum unum tantum sit caput. Sin juris fictionem qua efficit, ut duæ illa persona patris & filii propter jus potestatis non nisi unius juris censentur, dicimus persone illius caput esse solum patrem, non etiam filium: quia & monstruo simile illud esset ut unius persona duæ essent capita ius attamen in fictionibus suis inducendis eam naturam sequi, adumbrari & imitari. solè qua suis finibus contineatur; non tam, quæ in monstrua, & portenta degeneret. Servus verò ullam identitatem cum domino

no habere posse fingi potest cum ex homine libero, & servo id eitas præter monstrum non possit introduci, ut docent Fab. & Valentia dictis in locis.

Ex quibus, & distinctione à Fabro traditâ, rectè percipiuntur illius mentis verus intellectus, & juris: putâ, quo l. quando per filium acquiritur patri, una & eadem sit patris & filii persona, ita constituente fictione: jurisdictio tamen hæc non extat in facto ipso, quo filius acquiritur: illud enim certum est non fictitium: veluti si filius ex traditione nanciscatur, vel ex stipulatione, vel alia quacunque causa: hæc enim omnia, & similia in facto consistunt; nam si filius non accepisset, vel non stipulatus esset, vel non adisset hæreditatem, nihil patri acquiri poterat per filium: & factum hoc non est, quod transit ad patrem, vel dominium; sed quod transiit, est utilitas, quæ resultat ex ipso facto: l. 1. ff. si à parente quis manum. sit. (de hoc vide quæ diximus supra exp. 4. num. 7. & seqq.) & fictio illa, quæ unam facit personam patris & filii, cadit, super emolumentum, quod ex actu filii familias statim, quod acquiritur transfertur ad patrem: l. placet 79. ff. de acquir. hæred. Et in isto effect. acquisitionis videntur patris & filii una persona, & unius fictionem sustinet, quæ pendet à voluntate patris volentis sibi per filium acquiri. Cæterum quando pater non vult, ut ei acquiratur, fictio hæc consistere non potest: ex duabus enim voluntatibus diversis filii volentis acquirere, & patris volentis una persona intelligi non potest: tuncquæ omnia ex veritate metienda sunt: & cum inspecta veritate pater & filius etiam quoad jus civile (ut rectè asseverat Faber) non una, sed diversæ personæ sint; quid mirum ut quod acquiritur per filium remaneat apud ipsum filium, cujus capacitati jam nulla fictio identitatis subsistat, quæ possit obitare. Sic dict. l. 1. rectè ait: quippe si filiusfamilias est quodcumque sibi acquireret; & nullibi reperit scripturæ de servo, quodcumque sibi acquireret, de filio familias scriptum est, in dict. l. 1. Anton. Fab. in jurispr. tit. 11. princ. 10. illat. 4. qua in l. scriptum est, quodcumque filius quærit, ejus emolumentum ad patrem transferri; si vero illud pater nolit, ubi, reponendum est emolumentum ejus rei, quod filio sibi acquisivisse Consulit testatur, nisi in ipso filio, in quo acquisitionis consistit: & hoc modo intelligenda est hæc fictio identitatis personarum patris & filii, non ut nimia extensione accipit Valentia dict. num. 5.

Ulterius differentia maxima est inter acquisitionem per filios patribus faciendam, ac per servos dominis: illi enim etiam dominis invitis acquirunt: text. in l. servos vetant 62. ff. de V. O. l. etiam 32. ff. de acquir. rer. dom. §. item vobis 2. instit. per quas pers. cuiq. acquirend. Ratio est quia quoties de acquisitionis iure tractatur; non persona servi, qui iure civili nullus est, sed domini inspicitur: non minus 31. ff. de hæred. instit. l. si mihi 12. §. regula 2. ff. de legat. 1. l. debitor 82. §. ult. de legat. 2. Valentia ex Anton. Fab. dict. n. 6. in fin. Illi verò videlicet filii familias, licet ignorantibus patribus acquirant, eodem modo ac servi, ita ut ne uno quidem temporis momento consistat acquisita res in persona filii dict. l. placet ff. de acquir. hæred. d. l. 2. in princ. ff. si à parente quis manum. est. nusquam tamen reperitur scriptum, ut filii acquirant invitis parentibus, ut rectè etiam ex Fabro ratiocinatur Pichardus de acquir. hæred. cap. 15. num. 1. Hujus differentie ratio non in eo solùm est, quod (ut diximus supra num. 4.) filiusfamilias personam habeat integram, servus verò neque personam, neque caput, sed in eo maximè, quod jus dominicæ potestatis in servos iure gentium inductum fuisset non tam favore

dominorum, quàm odio servorum, & in eorum penam: quippè qui & hostes fuerint priusquàm bello capti essent. Vnde factum fuit, quod l. pro vindicanda Senatoris unius morte. quingentos servos olim Romæ à Senatu ad mortem damnatos fuisse legitimus apud Cornel Tacitum ex sententia inhumana sanè Cassii: cujus in hanc rem solemne verbum illud fuit, omne magnum exemplum habet aliquid ex iniq. quod publica militare compensatur. Quis enim crederet tam impiam, & crudelem sententiam apud æquos iudices quantumcumque utilitatis prætextu obtinere debuisse; si non ut hostes perpetuo odio servi haberentur.

Ius verò patriæ potestatis favore parentum comparatum fuit, ut tanto facilius cives ad justas nuptias contrahendas invitarentur; non etiam odio filiorum: quid enim peccavit filius, qui ex justo patris matrimonio, & ex ejusdem patris voto; l. liberarum 220. §. ult. ff. de V. S. l. cum tales 72. ff. de condit. & demonstr. sic. volente Deo Opt. Maximo. sic. faciente natura, sic denique imperante quo l. modo Republica bene natus est in civitate; & quillimum ergo fuit, ut patris in filium potestas in his demum filio nocere deberet, in quibus patri poterat prodesse; non etiam in cæteris, quorum ratione nihil penitus patris interesset. Sic illa fictio identitatis patris & filii, quæ propter utilitatem parentum introducta est, propter utilitatem filiorum cessat; & omnes similitudines utriusque contemnuntur, nè utilitas hæc filio auferatur, quia, ut inquit Varro lib. de ling. Latin. quem refert Cajac. lib. 11. responsor. Papin. in l. pupilli 56. ff. de solat. propter utilitatem dissimilitudines potius, quàm similitudines sequimur: quacumque ius usus causa ad viram sunt assumpta, in his utilitatem querimus, non similitudinem. Vnde eleganter Martianus in l. divus 5. ff. ad l. Papeiana de parr. cid. patriam potestatem debere in pietate, non in atrocitate consistere ait: & idèd patriam potestatem vinculum pietatis appellat Papian. in l. divus 5. ff. si à parente quis manum. sit. Tertulliani in apologo gratius est (inquit) pietatis, quam potestatis vocabulum. Cujac. lib. 11. quæst. Papin. in dict. l. divus 5. ff. si à parente quis. Anton. Fab. in jurispr. tit. 9. princ. 7. illat. 12. & tit. 11. princ. 10. illat. 3. Sic etiam Constantius in l. ult. C. de sentent. pass. & refert. ait. non esse permittendum patri, ut corrumperet, atque effundendi patrimonii licentiam, patria potestate abutatur. Eadem causa in c. Imperator. 50. ff. ad SC. Trebell. propter fraudes, quas fecerat pater in fideicommissio relicto filio, bona patri ablata sunt, & tradita filio existenti in patria potestate, ut intelligamus patriæ potestatis usum patribus posse prodesse, ejus verò abusum filii nocere non debere, & quod filii sunt capaces acquirendi non obstante patriæ potestate eorum omnium quæ patres nolunt, ut sibi per filios acquirantur: ita elegantissimè, ut omnia solet; Anton. Fab. in jurispr. Papin. dict. tit. 8. princ. 3. illat. 4.

Sumptâ sic umbra hæc identitatis patris & filii principale fundamentum, quo nititur contraria sententia, corrui: cæteris verò argumentis faciemus satis postquam pro confirmanda nostra sententia multa noviter proulerimus prudentum responsa.

Et primò textus hac in re à nemine usquequaque observatus; quæ proberet, filiumfamilias tempore ff. fuisse capax acquisitionis eo casu, quo pater non vult, ut per filium ei acquiratur, extat, in l. quidquid ult. ff. de stipul. servor. cujus hæc sunt verba: quidquid contraxit servus, dum nobis servit, etiam si stipulationem contulerit in alienationem vel manumissionem suam, tamen nobis id acquisitum erit: quia potestas ejus, tunc cum id contraheretur, nostra fuit idque est si filius familias contraxit: namque etiam quod in emancipat

bonis sua tempus contulerit, nobis debetur: si tamen dolo malo id fecerit. Vbi Pomponius filium, & servum in principio equiparando constituit; ut si aliquis dum erat in patris, vel domini potestate, stipulatus quidquam fuerit, & stipulationem contulerit in id tempus quo alienus foret, vel manumissus (utriusque tam servi, quam alii rectè dicitur manumissio. Propter servilem conditionem, in quam filius cadebat per illas tres imaginarias venditiones, quæ solemniter interveniebant in emancipatione filiorum: *ult. C. de emancipat. liberor. l. liberor. 3. §. 1. ff. de cap. minur. Faber in jurispr. tit. 10. princ. 4. illat. 3. tit. 11. princ. 10. illat. 7. & ideo rectè concipitur in Pandectis tit. si a parente quis manū. sit nam dicitur manumissus, quia fiebat filius per illas imaginarias venditiones imaginarius servus, id est justus servus; fiebat enim secundum dispositionem legis: Ant. Fab. de princ. 10. in prin. & illat. 4.) nihilominus acquiri illam obligationem patri, vel domino: ratione Iuriconsultus reddit in his verbis: *quia potestas tunc cum id contraxit, nostra erat, quem juvat text. in l. si filiusfamilias 78. ff. de V. O. ibi. Quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus l. ususfructus 26. ff. de stipulat. servor. ibi. Quid ergo si sub conditione stipuletur; nec hoc casu valeat stipulatio, quia ex presenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit. l. si servi 2. ff. eod. tit. l. non omne 1. 44. §. 1. ff. de regul. jur. l. potior. 1. §. ff. qui potior in pign. habeant. Ioann. Borcolde de cap. 6. num. 56. Cujac. lib. 16. quest. Papin. in l. & si maxime 9. ff. de servit. legat. & lib. 9. quest. Papin. in l. si debitor 47. ff. de fidejuss. D. D. Melchior de Valentia de acquir. hered. cap. 2. num. 12. Oluvald. lib. 15. comment. Donel. cap. 10. lit. A. Anton. Fab. in variatione. ad l. sed. & si §. 1. ff. de usufr. & Gid. Hortenl. in §. ad si ita 3. instit. de V. O.**

10 Hæc omnia ita absolute Pomponius scripsit circa servum, qui contraxit, dum erat in domini potestate & in filio tamen ad hoc, ut superiora teneant, amplius quam in servo requirit: nempe quod illum contractum dolo malo contulerit filiusfamilias in tempus manumissionis: aliàs enim diversimodum jus constituendum esse aperte ostendunt illa verba: *si tamen dolo malo id fecerit*, quæ non erant interposita à Consulto, dum agebatur de servo stipulante; neque poterant interponi propter multa absurda: quæ jure sequebantur: itaque in filio posita fuerunt ad ostendendam in modo acquirendi differentiam inter filiumfamilias, & avum; quæ sine dubio nascitur ex eo, quod filius dum est in patria potestate, capax sibi acquirendi, dum pater non vult ut ei: per filium acquiratur: alioquin superflua essent verba illa: *si tamen dolo malo id fecerit*. Itaque cum in d. l. ult. de stipulat. servor. filius consensu patris contulisset stipulationem in tempus manumissionis; & eo modo dolus differentiæ stipulationem excuderetur hinc est, quod in persona ipsa filii hæc stipulatio teneatur, etiam si retrorahatur ad tempus, in quo eam filius contraxisset, quia tunc habuit expressam voluntatem patris sibi per filium acquirendi, quæ constituta est filius absque ullo impedimento capax sibi ipsi contrahendi: qua in re si dolus filii inveniatur, diversum jus constitui debere ostendit Iuriconsultus. Ex hac lege necessario fatendum est, magnam esse differentiam inter filium & servum quoad acquisitionem; & filium in hac specie habuisse à principio consensum patris nolentis sibi acquirendi per filium; & illum consensum non acquisisse dolo, sed ex bona fide: ideo à principio constitit in filio obligatio ex stipulatione: si enim patre ignorante filius stipulatus fuisset, non poterat non acquirendi statim patri obligatio: vel præsentem eo, & non contradicente volenti præcisè, acquirenda

erat secundum ea, quæ diximus supra cap. 2. num. 11. & seqq. Ergo necessariò statuendum est in dicit. l. ult. à principio patrem noluisse ut ipsi per filium acquireretur: & in hoc statu præstiti à patre dissensus est quæstio hujus legis ult. an filius dolo malo illum dissensum extorsisset à patre an bona fide; si dolo id fecerit, non prodest filio voluntas patris nolentis sibi per filium acquirendi; si verò ex bona fide proficit: & tunc maneat filius capax sibi acquirendi. Vnde sine dubio proficendum est, vel veram esse sententiam nostram quæ affirmavimus filium existentem in patria potestate jure ff. habuisse capacitatem sibi acquirendi, vel in dicit. ult. redundare illa verba si talem dolo malo id fecerit. & vel Triboniano, vel cupiam imperio interpreti tribuenda esse: Quod quidem facinus levius forsitan videbitur aliqui quem tot doctissimorum interpretum judicio, & etiam ipsius Pomponii assentiri.

11 Secundò hanc nostram sententiam affirmantem jure ff. fuisse acquisitionis capaxem filium familias probat Papinian. in l. si debitor 47. §. ff. de fidejussoribus. cuius decisio comprobatur etiam ea omnia, quæ superior diximus ex dicit. l. ult. ff. de stipulat. servor. Nam enim filiusfamilias in causa peculiari fidejussorem accepisset sub illa stipulatione: *quantam pecuniam credidero fide tua esse jubet*; & illam pecuniam crediderit filius post emancipationem; si is cui pecunia creditur, non est patri obligatus, fidejussor patri non tenebitur: *filio verò humanitatis intuitu obnoxius esse debet*. ait Consultus. Tum sic tempore quo fidejussio celebratur, est si jus in patris potestate: quæ quidem fidejussio obligationem principalem antecedere, & subsequi posse certum est. §. ff. de fidejussoribus. l. eo tempore 30. ff. de pecul. Sed quandocumque crediderit filius impleta conditione quia fidejussio suspendebatur, retrorahitur ad tempus in quo contracta fuit, per superior dicta: & non obstante non teneatur patri fidejussor, ergo filius dum in patris potestate est, sibi acquirendi potest: si quidem hæc fidejussio quæ respectu patris nulla est filio prodest. Hoc idem statuitur, in l. quidam 132. §. filii familias 1. ff. de V. O.

12 Neque satisfaciat si quis dicat fidejussorem esse accessionem principalis obligationis, §. fidejussores 5. instit. de fidejussoribus. l. qui satisfacti 3. l. generaliter 5. l. ex persona 32. l. bi qui 34. ff. de fidejussoribus. Hering. de fidejuss. cap. 3. num. 29. & (seqq. Oluvald. lib. 15. comment. Donel. cap. 43. liter. A. quæ necesse est, ut sequatur naturam principalis obligationis, cui inhæret: & ideo dicitur in duriores causas constitui non posse fidejussorem: l. grace 7. §. illud. ff. de fidejuss. Et cum mutuum non habeat altius initium ipsa traditione rei, quia ex genere contractuum, qui re perficiuntur *princ. instit. quib. mod. re contrahit. obligat. l. 3. §. ult. & l. seq. ff. de S. C. Macedon. l. naturalis 3. §. 1. ff. de prescript. verb. text. elegans in l. si debitor 47. §. 1. ff. de fidejussoribus* in quibus nullus neque expressus, neque tacitus requiritur consensus; ut probavimus fusè alio in loco & quando tradit pecuniam mutuam filias, jam sui juris factus inveniatur: inde est, quod fidejussor teneatur filio & non patria: quia sicut mutui obligatio non potest retrorahi ad tempus conventionis si de credenda pecunia antè fuit aliqua conventio, sed illius principium incipit ab ipsa traditione pecuniæ creditæ; ita nec retrorahi potest fidejussoris obligatio; quæ est accessoria Nam hoc convincitur ex ultimis verbis dicit. l. si debitor 47. §. 1. ibi. *filio verò humanitatis intuitu obnoxius esse debet* quibus Papinianus ostendit filio teneri fidejussorem, non ipso jure, sed intuitu pietatis: quod non diceret, fidejussio, postquam

postquam numerata sit pecunia, sine retroractione effectum haberet: nam ex pecunia quam post emancipationem tradidit, filius haberet conditionem ipso jure, quia contraxit mutuum eo tempore, quo sui juris & paterfamilias erat: sicut dicitur in l. si quis 3. §. ult. ff. ad S. C. Macedon. Senatim Consultum Macedonianum cessare, quando stipulatione facta cum filio manente in potestate patris de credenda pecuniâ, si credita fuerit, postquam sui juris fuerit factus. Unde sentit Consultus, quod licet fidejussio debeat retrorahi ad tempus conventionis, tamen ex humanitate fidejussoriam obligationem filio applicari valeat & debeat. Ex quibus mihi videtur esse in hoc §. quidquam latentis energiam, ex quo firmetur sententia nostra: scilicet quod filius sit capax acquisitionis in his casibus, in quibus patri per filium non acquiritur: quod ut percipiatur, sic explicari debet. Ex mutuo reus principalis obligatus existere nequit patri, quia filius creditur post emancipationem; & ideo in patre, in quo non potest esse obligatio principalis, cui insit accessoria, neque fidejussio consistere valet: tamen verum est dicere, quod fidejussoria obligatio fuisset contracta sub illa conditione: *quantum pecuniam credidero*, &c. dum filius in patris potestate erat: & quod adimpleta conditione per numerationem, quæ subsequuta est, stipulatio fidejussionis remaneat pura, ac si fuisset à principio contracta sine conditione, ut probavimus supra num. 9. quo fiebat, ut ad filium pertinere non posset, quali contracta in tempore inhabili: ideo humanitatis causa fidejussoriam obligationem filio applicavit; non ut datur actio utilis ei contra fidejussorem, uti videntur sonare illa verba ultima, sed quia est secundum humanitatem tam naturæ, quam patrie potestatis, ut quando patri acquirendi non potest filio tanquam acquisitionis capax acquiratur, ut diximus supra n. 8. ex l. divus 5. ff. ad l. Pompeiam. de parricid. Nunc restat breviter edicere, quod in vers. dicit. l. si debitor §. 1. patri quidem si non est reus obligatus verbum illud, si idem significet, quod particula, quia; & idem esse; ac si Consultus dixisset, patri quidem quia non est reus obligatus. Eodem sensu accipitur in l. fidejussoribus 26 §. ult. ff. de pignoris. l. fundum 2. §. ff. de novationibus. l. Titium 1. 47 §. à matre 3. ff. de adm. tutor. l. inter pupillos 10. ff. de auctoritat. tutor. l. lex 3. l. ff. de pignoris. l. videamus 4. in princip. ff. de in lit. juran. l. Titium 47. §. à matre 3. ff. de adm. tutor. utrobique glof. Bellon. lib. 1. supputat. cap. 7. num. 1. Oluvald. adducens plures Doctores lib. 15. comment. Donel. cap. 12. liter. B.

13 Tertio egregiè comprobatur nostram sententiam Ulpian. in l. 1. §. ult. ff. si à parente quis manumissus sit: ibi filius emancipatus factò testamento, in quo patri suo non reliquerat debitam portionem, decessit: pater accepit bonorum possessionem contra tabulas filij ex eo, quod præteritus esset: & tamen adhuc sit Consultus patri superesse & reservari, etiam post acceptam bonorum possessionem, jus illud antiquum, quod habebat, antequam manumitteret filium: rationem reddidit Consultus, quia nocere parti non debent jura patronatus, quæ ex emancipatione consequutus fuit, cum sit & pater. Nunc unico syllogismo sic conficio argumentum: jus hoc, quod nunc defenditur, seu reservatur patri acquisitionem erat ei tunc, quando filius erat in patris potestate: sed hoc jus de quo nunc agitur, est jus circa bona filij: ergo filius habuit bonam, dum erat in patris potestate. Cujac. lib. 8. observat. cap. 11. & lib. 15. quest. Papin. in l. pater filium 14. ff. de inoff. testam. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 11. princ. §. illat. in fin. Gothofred. in dicit. §. ult. Vigilius tit. de inoffic. test. Voltei. in §. tam autem. 2. Oluvald. plures af-

ferens lib. 19. comment. Donel. cap. 14. liter. N. & acutissimi ingenij vir doctissimus D. D. Melchior de Valentia ad tit. de liber. & posthum. tract. 1. c. 2. num. 14. & noviter Joseph. Fernandez de Retes lib. 5. miscell. near. cap. 12. num. 21. docent jus antiquum in d. §. ult. significare querelam inofficiosi testamenti, quia illa descendit à jure civili: (an etiam hæc suppositio, certa sit, puta quod querela inofficiosi descendat à jure civili, capies, ex l. non puravit. §. ff. de bonor. poss. contr. tab. & ex his quæ contra Cujac. & alios tradit Christophorus B. Soldus in delibatis juris lib. 5. pandect. quest. 17.) qui contra Cujac. lib. 2. ibi. cap. 20. lib. 3. cap. 8. & lib. 14. cap. 14. Vvesemb. Don. & Oluvald. in locis ab eo citatis, negativè decidit, quod quidem jus antiquius est quam jus prætorium, à quo provenit bonorum possessio contra tabulas; & per consequens jus novum non malè dicitur bonorum possessionem à contra positione querelæ, quæ est antiquius, quali antiquiori jure proveniens: & idem verbo illa jus antiquum, non significare jus domini, quod pater habebat in bonis, quæ si ius consistens in patria potestate sibi acquisivit, sed significare querelam inofficiosi testamenti.

14 Ut eorum interpretationi acquiescere non possim, multa faciunt: illud primum quod in hoc §. ult. Julia- nus & Ulpianus loquuntur de eo jure antiquo, quod possit pater sibi defendere etiam postquam accipit contra tabulas filij bonorū possessionem; & per consequens rescisso jam per eam bonorū possessione testamento: atqui fieri non potest, ut testamentum, quod jam rescissum est per contra tabulas bonorum possessionem, rursus per querelam rescindatur: non magis quam ut quod multum est, rompi possit, l. nam 5. vers. post. defectum ff. de iust. rupt. irrit. qui fact. 10. §. ff. de inoff. testam. melior textus in l. bona 22. §. si quis 4. ff. de cap. & post. revers. secundum interpretationem elegantem Antonii Fabri in jurispr. Papin. tit. 11. princ. 9. illat. 4. & princ. 7. illat. 15. Cujac. lib. 16. quest. Papin. in l. genere 84. ff. de acquir. hered. Ergo impossibile est, ut pater, qui contra tabulas filij bonorum possessionem jam semel accepit, jus querelæ inofficiosi testamenti habeat: sic Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 11. princ. 10. illat. 4. fol. 67. 2. Cujus tamen ingenio, præter vires naturæ hominum divinitus exornato, miror, quomodo non se obtulit alia ratio, quæ urgere potest, ut videtur ad excludendum ex hoc textu querelam hanc, quam falsò credunt dati interpretes. Ratio vero illa talis est: hæc bonorum possessio, quæ patri, tanquam manumissori datur, prætor ei contulit exemplo bonorum possessionis debitæ patrono, ut attestatur Ulpian. l. 1. in princ. ff. si à parente quis manumissus sit: & ideo itum est in hoc, ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur. Oluvald. d. loc. liter. Z. Et toties ad bonorum possessionem contra tabulas permittitur venire patronus, quoties non est hæres ex debita portione institutus l. etiam 3. §. 10. vers. 10. ff. de bon. liberor. & si ex quacunque causa partem sibi debitam habeat patronus, qui aliter querelam exercere poterat, ab illa excluditur: l. Papianianus 8. §. quoniam 8. & seq. ff. de inoff. testam. Non ad rem, patronus, qui accepit bonorum possessionem per eam consequitur partem legitimam, quæ ei à liberto testatore debebatur, & etiam plus quam partem; cum per bonorum possessionem irritando tabulas omnem hæreditatis quantitatem sumat: & sic accipiendo bonorum possessionem comprobatur testamentum defuncti, cum accipiat remedium illud, quod ipsi competere non potest, si testamentum non sustineretur: & absurdum videtur ipsi patrono semel comprobatum testamentum per querelam inofficiosi reprobare

reprobant: *l. nam absurdum 7 ff. de bonis libertor. vide Cujacium lib. 1. 2. quæst. Pap. in l. si libertus 2 ff. de bonis libertor.* Ergo non potest competere querela: quia ea tantum competit ei, qui non habet ex alio jure portionem sibi debitam; neque ulla ex causa comprobavit iudicium testatoris. Itaque cum in hoc §. ult. accepisset pater bonorum possessionem contra tabulas, & accipiendo, eam comprobasset testamentum, non potuit defendi, illi pertinere querelam inofficiosi; quæ solum competit ei, qui non est nactus aliunde sibi debitam hereditatis portionem, neque ullo actu comprobavit iudicium filii. Non ergo somenda sunt illa verba: *et jus antiquum pro querela inofficiosi testamenti.*

14. Alia ratio, quæ me monet ad credendum verba illa non esse accipienda de querela inofficiosi testamenti, illa est: quod Jurisconsulti scripserunt sic. *Et jus antiquum quod sine manumissione habebat.* id est antequam manumitteretur filius, competebat patri, existente adhuc filio in ejus potestate: & ita non potest jus illud antiquum esse querelam inofficiosi testamenti. Ratio est, quia filius dum erat in patria potestate, neque patre quidem consentiente testamentum facere poterat: *l. qui in potestate 6. ff. qui testam. facere poss. l. tam is 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat. l. qui 11. §. 2. ff. de bonor. possess. secundum tabul. Donel. lib. 6. comment. jur. civil. lib. 6. cap. 5. Joan. Daut. de testam. n. 19. 12. 7. & 14. 7. Cujac. lib. 14. quæst. 2. Papin. in l. testamenti 3. ff. qui testam. facere poss. Anton. Fab. in jurispr. dist. loc. illa. 4. ergo hoc jus antequam de querela inofficiosi intelligi non potest. Osuvald. lib. 9. comment. Don. cap. 4. liter. N. ait. hanc rationem posteriorem parum urgere: quia potest contingere, ut ab alio fuisset manumissus is, de cujus bonorum possessione patri data, & querela eidem danda loquatur: puta ab avo, in cuius potestate filius fuisset: & ita illa verba sine manumissione non esse intelligenda, antequam manumitteretur filius; sed sic. *sine manumissione sua*, id est, sine manumissione patris; quia ab avo fuit præstita; & ita explicanda esse verba sine manumissione. Ex quo convincitur, non loqui dist. §. ult. de jure, quod competebat patri, antequam filius manumitteretur; & in hoc sensu accipienda esse prædicta verba nempe, *et in antiquum quod sine manumissione habebat*; & per consequens patri post acceptam bonorum possessionem nihil impedire; ne etiam detur querela inofficiosi testamenti. Osuvaldus parum prudenter credit, illam rationem non urgere; nam etsi antea parum vis habuisset, tamen urgentior redderetur ex solutione, quam ad eam eruendam ipse affert. In nostro enim §. ult. certum est, patrem accepisse bonorum possessionem contra tabulas filij, cui quidem patri defenditur ulterius jus antiquum ibi: *patri autem accepta contra tabulas bonorum possessione*; ergo ipse pater fuit manumissor filij, non avus; quia filij manumissoris non possunt accipere bonorum possessionem; ea enim competit ipsi commissori tantum, non ejus filiis: ratio est, quia illa datur propter ipsam manumissionem ei, qui eam exercuit: textus expressus in *l. 1. §. libertos 5. ff. si à paren. quis manum. sit ibi: libertos autem manumissoris convenire ad contra tabulas bonorum possessionem filij constat, quamvis patroni veniant.* In quo differet filius emancipatus (sicut in aliis multis) à liberto manumisso: ratio est, quia inhumanum, & infandum esset, hoc jus quasi patronatus in omnibus procedere, aut post mortem patris continuari, & ad filios contra tabulas fratris, vel neporum, si nepotes ab avo emancipati sint, bonorum possessionem transire; ingenuumque caput sic perpetua libertinitatis notâ prosequi: *dist. l. 1. §. libertor. l. non usque ad 2. ff.**

si à paren. quis manum. sit l. pen. ff. de obseq. parentib. & patron. præstand. Unde sequitur, rationem precedentem non solum urgere, sed etiam convincere,

Cætera, quæ afferuntur ab interpretibus ad explanationem §. ult. scilicet, quod quando contractâ fiduciâ manumissus fuit filius, tunc patri præterito competit querela inofficiosi testamenti, non verò bonorum possessio; si verò manumissus fuerit filius absque contractâ fiducia, quod tunc competeat bonorum possessio, non verò querela: apud Osuvald. *dist. loc. liter. A.* contemnenda sunt potius, quam dissolvenda, quia convincitur hæc distinctio ab ipso §. ult. ubi manumissor accepit bonorum possessionem, qui videtur absque fiducia manumississe secundum horum distinctionem; & postea eidem competit etiam jus antiquum, quod querelam esse dicunt: ergo ex hac parte videtur manumississe contractâ fiduciâ: duo hæc contradictoria sunt: ergo rejici debet distinctio illa, ex qua hæc tam absurde subsequuntur.

Ex superioribus constat in *dist. §. ult.* verba illa, *et jus antiquum quod sine manumissione habebat* intelligenda esse de jure dominij, quod in bonis omnibus filij prædefuncti habebat pater, qui filium nunquam emancipavit: & licet hic filius fecit testamentum, & facere potuit quia emancipatus erat: si modo aliqua ex causa, aut ratione apud patrem bona filij remanserit ut in hoc §. contingit accipiendo patrem bonorum possessionem vel mortuo destituto testamento, vel ab intestato; tunc jure dominij occupat pater omnia filij bona tam illa, quæ habuit, dum erat in patria potestate, quam ea quæ acquisivit post emancipationem facti sui juris, sicut evenit in filiofamilias militate, qui vel intestatus decessit, aut testatus instituyendo patrem, vel extraneum hæredem, qui noluit adire hæreditatem. In quibus casibus constat, patrem retro videri semper habuisse bona filij, non verò hæreditario jure de novo ea consequutum fuisse; sed postliminij cujusdam similitudine antiquo jure habere, retroque videtur habuisse dominia rerum: *l. servum filii 4. ff. de legat. 1. l. denique 19. §. pater 3. l. 1. l. 2. l. proponebatur 9. l. filius familias 1. 4. ff. de cast. pecul. l. quæ res 98. §. 3. de solut. l. 1. §. si is qui bona 22. ff. de collat. l. velut 7. Codic. de accessib. l. fori 4. Codic. de advocat. divers. judic. sapit l. 1. §. si mater 20. ff. ad S. C. Tertul. l. nemini 17. C. de nupt. Ulpian. in fragm. tit. 18. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 1. princ. 6. illat. 12. princ. 9. illat. 4. & princ. 10. illat. 4. Egid. Hortens. princ. instit. quib. non est permitt. facere testam.*

Neque nos satis convincet respondere in filio milite superiora ita contingere propter jus patriæ potestatis, quæ non tollitur militia: *l. si maritus 7. C. de patr. potest. §. filius familias 4. instit. quib. mod. patriæ potest. solvit.* sicut tollitur emancipatione §. præterea 6. cod. tit. Unde est, ut dominium, quod pater habet in bonis militis filij, non possit habere in bonis filij emancipati: cum militem retineat in sua potestate, emancipatum verò neutiquam. Nam responderi potest, non posse plus juris patrem habere in bonis castrensibus filijfamilias militis, quando decessit filius factio testamento de rebus suis, quam si filius fuisset emancipatus: cum in hoc casu in quantum attingit ad jus disponendi de his rebus castrensibus, filiusfamilias miles pro patrefamilias habeatur: *l. 2. ff. ad S. C. Macedon. l. ult. ff. ad S. C. Tertul.* Emancipatio enim nihil aliud facere potuit, nisi ex filiofamilias patrefamilias, & tribuere ei jus faciendi testamentum. Ulterius si filius emancipatus patrem hæredem scripserit, si præterierit, aut ex minore quam ex debita parte instituerit, ita ut accepisset pater bonorum possessionem contra tabulas filij: utroque enim casu succedat,

uccedat. licet non ex testamento, saltem ex causa testati; neutro verò ab intestato: quia ut patronus bonorum possessionem contra tabulas accipere possit, hæreditatem liberi aditam esse debet, vel bonorum possessionem secundum tabulas petitam: *l. etiam 3. §. ut patronus 5. & §. si patronus 11. ff. de bonis libertor l. illud. 4. ff. de bonor. possess. contra tabul. Cujac. lib. 1. 2. quæst. Papin. in l. si libertus 41. ff. de bonis libertor* Idem hæc querela inofficiosi testamenti cum hac bonorum possessione concurrere non potest, quia querela ita semper rumpit testamentum, ut faciat causam intestati: *l. non putavit 8. ff. de bonor. possess. contra tabulas §. sunt autem 1. instit. de bonor. possess. licet melior sit. Ita conditio filij emancipati, quam filij familias habentis peculium castrense in eo quod ab intestato quoque hæredem habere possit sicut quilibet patrefamilias, quod in milite diversum est: *l. ff. de cast. pecul. tamen quando pater contra tabulas filij emancipati bonorum possessionem accepit, nihil de successione intestati tractari potest: neque videtur emancipatio aliquid atulisse filio, nisi ut capacem eum faceret bonorum sibi quærendorum, quorum alioqui capax etiam esse potuisset filius familias manens, non tantum ex causa castrensium peculii, sed etiam si pater per filium sibi acquiri noluisse, ut edocemus. Et ita non esset bona consequentia, si quis diceret filiumfamilias capacem esse acquirendi bona; & ideo non posse patrem in his bonis jus dominij habere, neque filio defuncto: nam postquam pater bonorum possessionem accepit omnia bona filij retinet eodem jure, quo retineret, si nunquam filius emancipatus esset.**

18. Et quamvis hæc bonorum possessio, quam accipit pater rescindendo filii tabulas non rescindat etiam emancipationem, neque proinde restituat patri patriam potestatem, quam emancipatio subtulit, *argum. l. si libertus 12. ff. de adoptionib. Fab. in jurispr. Papin. tit. 8. princ. 5. illat. 2. & tit. 10. princ. 1. illat. 2. 3. Cujac. lib. 1. 2. quæst. Papin. in l. filio 23. Donel. lib. 2. comment. cap. 22. in princ. cum tamen totus emancipationis finis, & effectus, ille fuerit, ut filius liberè sibi acquireret & de rebus acquisitis vel inter vivos, vel testamento disponere filius posset pro arbitrio suo: & hoc ipsum verò utrumque fiat irritum eo casu, quo emancipatus filius ita fuerit testatus, ut bona omnia, quæ acquisierat, & de quibus ultima voluntate disposerat, apud patrem remanserit per bonorum possessionem, quam accepit, nihil impedire potuit, quominus pater hic censetur eodem jure, quod futurus erat, si nunquam emancipasset filium; qui tamen aliqua bona sibi propria existens in potestate patris habuisset.*

19. Hoc meo videri probo exemplo elegantissimo, deducto ex *l. filio præterito 17. de injusto rupt. irritoquod fact. testam.* ibi testamentum fecit aliquis patrefamilias, in quo filius existens in patria potestate præteritus fuit, in quo testator legata, & libertates dedit ab alteris filiis, quos hæredes instituerat: sic ponenda species est (de qua & interpretatione hujus legis vide Anton. Fab. lib. 9. consuet. cap. 14. quidquid in contrarium sentiat Osuvald. lib. 9. comment. Donel. c. 13. liter. C.) Quæritur an debeantur libertates, & legata; respondit Consultus scedere distinctionis; si præteritus filius familias partem sibi ab intestato debitam à fratribus suis hæredibus institutis avocaverit, tunc neque libertates competeant: ratio est, quia ex testamento nullo nihil deberi potest: *l. ex ea 29. ff. qui testam. fac. poss. l. cohæredi 4. §. quod si 3. ff. de vulg. l. posthumus 12. ff. de injust. rupt.* Si verò filius præteritus bonis paternis se abstinentem ita, ut fratres hæredes instituit, licet in testamento invalido, haberent om-

nia bona integra, quæ habituri essent, si testamentum validum fuisset; tunc debeantur libertas, & legata, non ex testamento: illud enim nullum fuit à principio propter præteritionem filij: *l. inur cetera 30. ff. de liber. & postum. l. filius familias 26. cod. princ. instit. de hæredat. libertor. D. D. Martin. de Larreatequi subtilitate & doctrina perspicuus, lib. 7. selectar. jur. disputat. cap. 1. num. 1. cap. 7. n. 1. & cap. 12. Anton. Fab. lib. 8. consuet. cap. 2. & 14. & in jurispr. tit. 8. princ. illat. 15. Valent. Froster. de success. ab intest. lib. 1. c. 2. r. num. 6. & postea voluntate privata filij præteriti bonis paternis se abstinentis validum fieri non potuit; *d. d. l. testam. 3. ff. qui testam. fac. poss. l. illa institutio 32. ff. de hæred. instit. sed ex æquitate civili, quæ testamentum valuisset, quia eo ipso, quod bona omnia apud institutos filios integra permanserunt, ac si ex testamento successissent: omnia onera legatorum, & libertatum ferri debent eodem modo, ac si testamentum valuisset, & ex eo adissent hæreditatem. Quid enim interest habere tunc memoriam nullitatis testamenti propter præteritionem contingentis, cum abstinente ab hæreditate filio præterito, omnia observentur, ac si validum testamentum fuisset; vide de hac *leg. filio præterito* quæ dicemus infra hoc lib. cap. 10. n. 30.**

Sic, in *dist. §. ult. ff. si à paren. quis manumiss. sit*, pater postquam accepta bonorum possessione, omnia filij emancipati bona occupavit, quid prodest habere memoriam emancipationis, dum bona retinenda sunt à patre integra, ac si emancipatio nunquam facta esset; itaque dicendum est quod licet hæc bonorum possessio contra tabulas non tollat emancipationem neque eam rescindat, tollere tamen intellectum emancipationis quantum ad id, ut in bonis, quæ per eam bonorum possessionem apud patrem resident, nulla emancipationis ratio haberi possit; exemplo ejus quod Papinianus scribit, in *l. si patronus 55. §. ult. ff. ad S. C. Trebell. potestatem evulsionis. tollere intellectum restitutionis.* Et idem Iulianus adductus ab Vlpiano in *dist. §. ult. disertè loquitur, dum dicit patrem accepta contra tabulas bonorum possessione jus a i. n. n. posse sibi defendere*: ut intelligimus, Iulianum non sentire de tali jure antiquo ex quo possit pater succedere, actiones movere; non enim necesse habere jure succedendi, seu agendi, sive antiquo sive novo jure qui bonorum possessionem contra tabulas accepit: sed ut cognoscamus, quod pater habeat assertionem, seu defensionem, cum pater dicat se esse dominum tanquam pater bonorum quorum tantum factus erat possessor, aut saltem bonitarius dominus ex beneficio prætoris dantis ei tanquam manumissori, non tanquam patri bonorum possessionem: neque enim prætor dominum quitrarium facere potest ob idque neque hæredem. §. quos autem 1. instit. de bonor. possess. juncto. §. item extraneus 6. instit. de hæred. qualis. & different. text. elegans in *l. sed & si 25. §. si operaria 2. ff. de usufruct. secundum interpretationem Cujacii lib. 1. quæst. Paul. in l. gerit. 38. ff. de acquir. hæred. Osuvald. lib. 6. comment. Donel. cap. 2. liter. C. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princ. 2. illat. 2. & tit. 6. princ. 5. in princ. & de errorib. pragmat. dec. 2. error. 3. decad. 3. error. 1. Et hæc de cau. à hæredibus non nisi semel addiri posset, dicitur in *l. si filius 80. §. ego quidem; ff. de acquir. hæred. quia per aditionem hæreditatis acquiritur dominium: l. cum hæredes 13. ff. de acquir. possess. Et dominium semel acquisitum plenum, perpetuum & perfectum jus præstat, ut elegantè docuit doctissimus DD. Martin. de Larreatequi lib. 8. selectar. jur. disputat. c. 6. n. 26. sed solum potest facere prætor bonitarium dominum: *l. 1. ff. de fund. dotal. l. si sita 15. §. Iulianus 16. ff. de damn. infect.***

21 Rogo verò quid inter sit patris, quiritarium dominiū nanciscatur in bonis filii prædefuncti; cum ex bonorum possessione accepta habeat ejus bona integra tam firmissimo jure, ut nemo ab eo possit ea avocare? Respondet quod multum inter sit patri nancisci dominiū jure quiritium: de quo vide Ant. Fabr. lib. 7. *conjectur. c. 4.* licet contra eum sentiat Osuvald. lib. 7. *comment. Donelli cap. 14. liter. D.* Et cum pater si filius prædefunctus manumissus non esset, qui & aliqua bona moriens reliquisset, ex his scilicet causis, quibus si proprium acquirere filii poterat, dominiū directum & quiritarium habuisset; fatendum est, quod & si accepisset pater bonorum possessionem contra tabulas, ex qua dominus sit bonitarius tantum, hoc non debere ei obstaré: quamvis jure suo antiquo quod tanquam pater habiturus erat, citra manumissionem posset dominiū sibi quiritarium asserere; ut hoc ipse plus juris habeat in bonis filij hujus emancipati, quam haberet ex sola bonorum possessione contra tabulas accepta. Ex quibus rectè constat sententiam, quam defendimus scilicet jure ff. fuisse filium capacem acquisitionis veram esse. Si quis ex his, quæ ad inductionem dicitur. *ult. l. 1. ff. si à paren. quis manum. sit.* plura elegantè scripta videre cupiat, legat attentè Anton. Fabr. in *jurisp. dict. tit. 11. princ. 10. illar. 4.* ex quo elegantiora horum, quæ scripsimus, sumpsimus licet multa ad ejus defensionem, & explicationem nos addidisse non negemus. Et ita hæc explicatio §. *ult.* elegantior est, quam illa, quæ traditur à Retes lib. 1. *miscellan. cap. 22. num. 21.*

22 Quare nonnihil facere videtur ad confirmandam nostram sententiam textus in *l. pater 13. §. ultim. ff. de cast. pecul. ibi: si pater amiserit usufructum servi; cujus proprietatem in castrensi peculio filius habebat, plenam proprietatem ex eo tempore filium habere ait Papinianus: quod contingi posse, non videbatur, nisi filius etiam existens in potestate patris esset capax acquisitionis, in his casibus, in quibus pater sibi acquirere nolit: nam in specie dicitur §. constat, non esse in peculio castrensi nisi nudam proprietatem: Vnde post à consolidatus usufructus non tam ex peculij castrensis causa, quam adventitio & extrinseco quodam jure acquisitus filio videri deberet, & per consequens per filium patri, cui extra peculium castrense acquiratur ex omnibus ferè causis: & ita acquiri sibi usufructum servi filius; quia creditur patrem, qui sinit, ut ei amittatur usufructus voluisse, ut filio suo, cujus erat proprietarius servi, acquireretur. Neque obstat, si dicas cum Anton. Fabr. in *jurisp. papin. tit. 11. princ. 6. illar. 21.* rectè Papinianum ad id respexisse, quod usufructus à patre fructuario amissus, & ita consequentiam necessariam proprietati consolidatus, non faciat, ut proprietatis, quæ ad filium pertinet post consolidationem, alia sit, quàm quæ ejusdem filii erat ante consolidationem: licet enim aliud est dicere nudam proprietatem, aliud plenam: *l. alii 19. ff. de usufruct. legat. & usufructus nullus sit, quia non extat separatus à proprietate: l. Major 66. §. fundo 6. ff. delegat. 2.* tamen tunc nihil accessisse videtur proprietati: *l. rectè 23. ff. de V. S. & ita consolidatio hæc licet ex parte fructuarii amissio sit, tamen ex parte domini proprietatis non est acquisitio, quamvis incipiat ille plenam proprietatem habere, qui ante non nisi nudam habebat: itaque cum filius habens in castrensi peculio servum sine usufructu, dum pater illum usufructum amittit, nihil videtur filio acquisitum, unde disputari possit, an acquirat sibi, an patri usufructum servi; quia & si acquisitio esset in filio amissio servitutis usufructus contingens in patre; id acquirere filius naturâ ipsâ consolidationis, non ex**

propria si ii acquirendi capacitate: nullo enim instanti potest contingere, quin ab instanti amissionis usufructus contingens in patre, vel in quocunque usufructuario, non etiam in eodem instanti contingat consolidatio usufructus cum proprietate: ergo non acquirat usufructum filius, quia est capax acquisitionis, sed quia non potest non consolidari usufructus cum proprietate eo ipso, quod amissus fuit à fructuario.

Nam responderetur, quod licet contingat consolidatio, tamen usufructus remanet adhuc pars fundi: *l. si areo 70. §. si reo 2. ff. de fidejussorib. & mandat. ibi: usufructus pars rei sit, & usufructum portionem rei obtinere dicitur, in l. cum filius 76. §. dominus 2. ff. de legat. 2. & similem esse partem domini: qui usufructum 58. ff. de V. O. quia domino rei cuiusque inest quidem usufructus non est servitus, sed emolumentum, quod cuiusque rei dominus percipit (quo ita accepto non est necesse cum Anton. Fabr. lib. 15. *conject. cap. 8.* emendare dicit. §. si reo, quia ibi loquitur Consultus non jure servitutis separato, sed de eo jure, seu emolumento, quo quisque dominus utitur, fruitur re sua; & ita verba illa dicit. §. sed cum usufructus fundi jus sit, sic intelligenda sunt, ac si consultus dixisset: quia omne emolumentum fundi continet omne jus, id est, omne emolumentum: ut rectè interpretatur Cujac. lib. 17. *quæst. Papin. in l. si Titio 33. §. 1. de usufr. & in dict. lib. in dict. l. Major 5. fundo & Christoph. Besoldus supponit in delibatis jur. lib. 7. *pandect. quæst. 3.*) & emolumentum cuiuscumque rei est, quod statim transfertur per filium patri: *l. in princ. ff. si à paren. quis manum. sit.* Vnde dicendum erat, usufructum servi quem pater amittit; statim per filium ipsi patri acquiri in dict. §. *ult.* si pater non amississet usufructum eo animo, ut filio acquireretur, cum illum non haberet filius jure castrensis peculij; alioquin jus patriæ potestatis, quæ nullam acquisitionem sinit filio, dum pater vult ut per filium ei acquiratur; efficeret, ut etiam si pater amitteret usufructum, ei iterum restitueretur: sicut contingit in tutore, qui amittit usufructum pupillo debitum: *l. sed si pecunia 3. §. neque usufructus 5. ff. de reb. qui sub tutel. sunt.* In quo textu secundum Fabri doctrinam dicendum erat, usufructum non restitui; quia ex parte domini rei, cui consolidatus est usufructus per tutorem amissus, non est acquisitio; licet amissio si ex parte tutoris, quod nemo unquam mihi suadebit, cum amplius sit habere fundum cum emolumento quàm sine eo: & id quod amplius sit, dici debeat acquisitio; non ut majorem fundum habeat dominus, neque majus dominiū; sed ut utilior ei fundus sit, & dominiū cum pleniori emolumento: argum. in *l. de pupillo §. & velle Sextus 9. ff. de oper. non nunciat.* ergo rectè probat dict. §. *ult.* pater de castrensi pecul. filium familiam capax fuisse acquisitionis jure ff.**

24 Quinto probatur nostra sententia, ex *l. is qui heres 12. §. ult. ff. de acquir. hered. ibi. neque filius repudiando sine patre, neque pater sine filio, alteri nocet. utriusque autem possunt repudiare, ait Vlpianus, ut intelligamus repudiante patre delatam filio hereditatem, posse filium velle eam sibi acquirere; quod in servo hærede instituto diversum est: potest enim dominus sine servo repudiare quod servo delatum est: de legato expressum habemus: in *l. legatum 7. ff. de legat. 1. ibi: legatum servo relictum dominus potest repudiare: de bonorum possessione, in l. 1. §. per servum 3. ff. de successor.**

successor. edit. ibi: per servum delatam bonorum possessionem dominus repudiare potest. & quod servo delatum, idem esse, ac si domino ipsi relictum esset: *l. si verò 8. §. si servo 2. ff. de bonis lib. ubi ex eo & qui paratur servo filio, quia agitur de agnitione factâ domino, vel patre volente sibi acquirere quod filio, vel servo relictum est: & tunc nulla distinctio est inter filium, & servum, per utrumque enim equaliter in instanti acquiritur: l. placet 79. ff. de acquir. hered. Vbi verò agitur de repudiando aliquo, quod delatum est filio, nusquam reperitur scriptum perpatrem sine filio posse id repudiari: ratio est, quia per repudiationem declaratur, nolle patrem sibi acquirere: & tunc protinus exerceret capacitas filij: alius enim sicut dicitur, dominus posse repudiare quod servo delatum est, quia in eo nulla capacitas acquirendi esse potest nisi à domino: *l. debitor 82. §. servus 2. ff. de legat. 2.* aliquo loco idem scriptum reperitur de filio. Vnde rectè Bartolus ad *l. placet*, notat in *d. l. heres 13. §. ult. ff. de acquir. hered. verbum nocet. potestatum fuisse à Consulto, ut ostendatur, quod dum repudiatione patrem filio nocere dicitur, indicare utilitatem ex ea hereditate ad filium spectare, quando non vult pater, ut ad ipsum hæreditas pertineat: ut elegantè & doctè ratiocinatur Ant. Fab. lib. 7. *conject. c. 11. & jurisp. Papin. tit. 8. princ. 6. illar. 9. & tit. 11. princ. 7. illar. 9.* & aliis plurimis locis adductis supra num. 3.**

25 Neque superiori ratiocinationi satisfacit meo videri doct. Simos jurisprudentiæ præceptor D. D. Melchior. de Valentia *d. loc. n. 42.* dum dicit in *d. §. ult.* deo spectari factum filij repudiantis, quia unusquisque suam, non aliorum bonorum possessionem, vel hereditatem repudiare valet: *l. 1. §. ff. de success. edit. & hereditas delata filio, ipsius esse judicatur, ut potest hæredis instituti, vel legitimi; & similiter etiam patris esse videatur, quia effectus ipse hæres futurus est: quo factum fuit, ut etiâ patris repudiatio necessaria sit. Quia replicabitur ex dictis propter eandem rationem idem statui debuisset in hereditate, vel bonorum possessione servo delatâ, quia ipse hæres institutus est, non dominus ejus: unde ipsius servi hereditas judicanda est; quia non tam absolute est illa domini, ut non possit in acquirenda eâ domino per servum præjudicari: cum possit servus etiam jubente domino nolle eam adire, sicut per filium patri: *l. cum proponat 3. C. de hered. instit. l. ult. C. de acquir. poss. vide quæ dixi supra c. 3. n. 1. in fin. & n. 7. & 8.* ergo dum differentia agnoscitur per Iulianum in *d. §. ult.* circa hanc rem inter filium & servum; non potest ratio differentie sumi nisi ex capacitate filij sibi acquirere valentis in eo casu, quo pater non vult, ut per filium ei acquiratur. Et ita probatur rectè nostra sententia ex *d. §. ult.* cum illius decisionis non videatur satisfacere ea, quæ per dictum Valentiam afferuntur.*

26 Cæterum ne referendo textus, quos afferunt alij ad confirmationem nostræ sententiæ, opus inuito faciâmus, & in alienis laboribus longiores, quàm oporteret, simus; & videri poterit Lector apud Anton. Fabr. & Pichardum dictis in locis hanc nostram sententiâ confirmantes text. in *l. cum oportet 6. C. de bonis qua liberis. l. prætor ait 4. §. sed & si filius 2. ff. de edendo. l. denique 3. §. si quid minori 7. l. Emilinus 38. §. ult. ff. de minorib. l. Pomponius Philadelph. 35. ff. famil. ercisc. l. Gaius Scius 45. ff. de solut. matr. l. Papinianus 8. ff. de inoff. testam. l. quidam 46. ff. de hered. instit. l. cogi 16. §. si pater 11. l. Imperator 50. ff. ad S. C. Trebell. l. 1. in princ. ff. si à paren. quis manum. sit. l. filiofamilias 11. l. Balista 32. ff. ad Trebell. l. eum qui 51. §. 1. juncta l. filiofamilias 92. l. cum heres 52. l. placet 79. ff. de acquir. hered. de quibus & de solutione aliorum, qui videntur obstaré huic sententiæ, vide d. Anton. Pichard per tot. dict. cap. 15.*

27 Nunc restat, ut legibus, & rationibus, quas pro con-

traria sententia adduxit D. D. Melchior de Valentia, respondeamus: ut ut se evolvere possit à fundamentis nostræ sententiæ, hæc generalè doctrinam tradidit, dicens se non negare, etiam veteri jure inspecto, plures fuisse casus, in quibus res, quæ extraneus ad filios familiam veniebant, ad patres non fuisse acquisitas: *d. l. cum oportet C. de bonis matern. & ita rectè potuisse fieri per jus civile propter specialem rationem hoc, vel illo casu personam filij attendere separatam à persona patris, & acquisitionem denegare patri, ut conrigit in his, quæ facti sunt: quia fictio identitati patris & filij ad facta non ostenditur: l. quod dicitur 1. o. ff. de V. O. l. denique 19. ff. ex quibus caus. major. l. in bello 12. §. facti 2. & §. codicilli 5. ff. de capivo. & postlim. revers. non tamen exinde sequi verba sunt dicti Doctoris posse patrem, & si maxime velit, efficere, ut filius existens in potestate esse capax acquisitionis: nam jus civile potuit rationem illam, causamque acquisitionis à se intraductam mutare: privatus autem non potuit jus publicum 38. ff. de pactis l. ult. ff. de suis & legitim. hered. cum vulgatis in quibus ponderanda sunt verba illa: exinde non sequi posse patrem, est maxime velit, efficere, & c. quibus affirmare videtur, nos sentire, ut pater faciat sibi acquisitionis capax. hoc enim in mentem Authoris nostræ sententiæ non venisse credo; sed quod illi affirmant & rationes omnes ab eis adductæ ostendunt, in eo situnt, quod patria potestas ita patribus concessa sit, ut quancumque utilitatem sibi acquisitam per filios velint, eâ potestate adhibere suam utantur; non verò eis ita patria potestas data est, ut si nolint sibi acquiri, filius nocere possint, per ea, quæ diximus supra num. 8. Vnde sequitur, quod filij absolute capaces sint sibi acquirendi, dum non obstat usus patriæ potestatis: illo enim quiescente, quod contingit, quando pater non vult sibi acquiri per filium; tunc capacitas acquirendi, quam sui natura filius habet, sine ullo impedimento excellat, & exercetur. Ex quibus sit, ut per patriam potestatem capacitem acquirendi filio à natura datam occupari potius, quàm tolli sit affirmandum.*

28 Vltèrius contra ea, quæ dicit Melchior de Valentia, nempe potuisse jus civile efficere hoc vel illo casu, ut filius acquireret ubi propter aliquam specialem rationem sinit Vlpianum in *d. l. ult. ff. de stipul. servo. & ex eo inquire: est ne ille casus ex genere eorum, qui per jus civile exceptus est, an generis decilio; vide supra n. 9. & Iulianum in *l. 1. §. ult. ff. si à paren. quis manumissus sit.* & eandem Vlpianum in *d. l. 13. §. ult. ff. de acquir. hered.* ergo absolute est verum jure ff. fuisse filium capacem acquisitionis, & de facto filios acquirere potuisse, quoties usus patriæ potestatis eis impedimento non erat: quod contingebat in omnibus casibus, in quibus pater acquisitionem sibi per filios faciendam recusabat.*

29 Secundò non obstat quod idem ait *d. loc. n. 9. 10. & 11.* In primo numero ait *ex l. mulier 22. ff. ad S. C. Trebell. & l. si ita esset 15. ff. quando dies legati cedat*, quod testatores non aliter consueverunt filios relinquere fideicommissam à parentibus, nisi post mortem eorum: & ea de causa sub conditione emancipationis, instituebantur filii familiam, & tamen filio per emancipationem sui juris facti statim deberi fideicommissam. Vnde dicit sequi, quod sed filio sui juris facti tribuatur capacitas acquirendi. Sed huic difficultati facile satisfacere potest, quicunque cogoverit id ita dispositum fuisse, non ut capacitas filij generetur ea conditione, sed ut nullus sit eventus acquirendi, in quo non acquiratur filio; qui licet habeat, dum est in patris potestate, capacitas acquirendi, illa tamen per patriam potestatem occupata est, ut diximus supra n. 27. Et sicut nolente patre sibi per filium acquiri, possit acquisitio contingere

re filio; sic volente patre sibi acquiri, in filio cessat tota potestas sibi acquirendi; & ideo ut in omni eventu filius sibi acquirat, consueverunt testatores relinquere fideicommissa à parentibus in tempus mortis parentum; & si ita darentur, interpretabantur deberi fideicommissa post emancipationem: si quis suo 33, §. ult. l. filius 25. C. de inoffic. testam. l. quidam 46. ff. de hered. instit. l. denique 3. §. csi heres 8. ff. de minor. l. ultim. ff. de petit. hered. l. dicit 6. ff. de jur. condicil. l. duo 70. l. avia 77. ff. de condit. & demonstrat. l. si cui 92. cum l. seq. ff. eod. tit. l. si mater 3. C. de instit. & substit. l. 2. C. de donat. qua sub modo. Ant. Fab. in jurispr. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 30. Cujac. lib. 6. responsor. Papin. in l. filiusfamilias 8. ff. si a bulia testam. nulla stab. unde liber. Eodem modo respondetur ad textum in l. ubi puer 19. ff. ad S. C. Trebell. ubi enim non probatur, filium capere non posse, dum in patria potestate remanet: sed expectatur, ut sui juris fiat: ne si per patrem filio datur fideicommissum, dum ille in patrie potestate est, iterum patri acquiratur: quod contingeret, si pater filio fideicommissum traderet eo animo, ut per filium sibi acquireret. Et sic intelligitur quod ipso Auctor tradit n. 11. ex l. fideicom. 11. §. si filio 10. ff. de legat. 3. l. filiam 16. ff. de acq. & arg. legat. 30. Vel si mavis, dicere potes in his omnibus, & civilibus legibus Jurisconsultos sumpsisse hanc interpretationem, ne expressè derogarent regulæ juris antiqui quæ statutum erat, ne valerent legatum, quod post mortem hæredis, vel legatarii relinquebatur. Ratio illius regulæ hæc erat, ne ab hærede hæredis, vel hæredi legatarii legari viderentur; à quo, vel cui ideo legari non poterat, quia utraque persona incerta est; à qua, vel cui utriusque nominatio non poterat legari. Ulpianus in fragm. tit. 24. regul. post mortem 16. Paul. lib. 3. sent. tit. 6. sent. post mortem 1. l. scien. dicit 70. ff. de P. S. Et hoc ita statutum erat per Jurisconsultos tam in contractibus, quam in ultimis voluntatibus, ne actiones ab hæredibus, & contra hæredes inciperent, eorum regulam juris antiqui id prohibentis: l. non dubium 8. C. Theodos. tit. de divers. rescript. quam tamen regulam subtiliter Iustinian. tit. C. ut act. ab hæred. & contra hæred. incip. l. scrupulosam 11. C. de contrah. & committ. stipulas. §. post mortem 13. & §. seq. instit. de inutilib. stipul. itaque (ne legata, seu fideicommissa in tempus mortis patris filius relicta, interirent in damnum filiorum) per Jurisconsultos interpretatum fuit, quod respiciatur id tempus, quo filius sui juris fieret: quod indicant illa verba d. l. fideicommissa §. 11. si filio ff. de legat. 3. ibi: defendatur in id tempus fideicommissum relictum, quo sui juris filius efficiatur. Et si sui juris non fiat ante mortem hæredis tempus moriendi vitæ tribuatur, & sic confirmetur legatum datum in tempus mortis tam hæredis, quam legatarii: Paul. d. loc. sent. in mortis Ulpian. d. loc. & regul. 1. §. si emancipatio 18. de collat. l. ult. ff. de condit. & demonstrat. d. l. fideicommissa §. si filia l. fideicommissa. l. qui duos 18. §. 1. ff. de manum. testam. Gell. lib. 6. cap. 13. Divus Augustin. lib. 13. de Civit. Dei c. 9. & 11. Unde si legatum relinquatur in tempus mortis legatarii, id legatum purum est, & dies ejus illic cedit à morte testatoris; & mora legatarii quidem petitioni fit, non verò cessionis diei: quæ admodum dicitur alijs de aditione hæreditatis: l. heredes meus 79. ff. de condit. & demonstrat. l. heredis 7. ff. quando dies legati cedit Si verò legatum relinquatur in tempus mortis hæredis, vel alterius tertij id valet sub conditione: quia incertum est, an moriente eo, in cuius mortis tempus relictum sit, vivitoris sit legatarius, ad quem prius pervenire possit legatum, quam ad ejus hæredem: quod si tunc, quando moritur is, in cuius mortis tempus legatur, vivat legatarius, dies legati utiliter cedit: si mortuus fuerit, irritum fiet legatum: d. l. 1. dicit. l. heres meus §. 11. ff. de condit. & demonstrat.

l. si pecunia 12. §. 1. ff. de legat. 2. l. si cum 4. l. hujusmodi 13. ff. quando dies legati cedit. l. is cui 42. ff. de obligat. & action. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 6. princ. 2. illat. 6. tit. 10. princ. 1. illat. 12. circa fin. & lib. 15. coniect. cap. 7. & 8. Cujac. lib. 9. responsor. Papin. in l. domus 58. ff. de legat. 1. & lib. 16. quest. Papin. in l. eisi maxime ff. de servit. legat. & lib. 19. quest. Papin. in l. Titio fundus 73. ff. de condit. & demonstrat. Joan. Daut. de testam. num. 81. Joan. Borcolt. de V. O. cap. 6. num. 57. Non tamen ex his deducitur, filiumfamilias non fuisse capacem acquisitionis, quando pater nolet, ut per filium ei acquireretur. Observata nostrâ sententiâ difficiliorē habent 31 interpretationem textus in l. si quis filium 5. in princ. ff. de collat. bonor. & in l. si pater filium 6. ff. unde liberi, quos adducit idem Valentia dicit. loc. n. 19. quorum auctor Ulpianus utrumque textum his ferè verbis scripsit, paucorum mutatione: ibi avus ex filio, quæ emancipaverat, nepotē in sua potestate retinuit: filius emancipatus deceffit: nepos admittitur ad bonorum possessionem; & in ea specie ad hoc, ut nullum emolumentum ex ea bonorum possessione quaeratur avo per nepotem, cum dicitur emancipari debere ab avo: ergo non sufficit voluntas avi nolentis sibi per nepotem acquiri, cum ad id consequendum (nempe, ne per nepotem avo acquiratur) ut res simpliciter necessaria, in dictis locis emancipatio requiritur. Hæc difficultati, quæ maxima est, sic responderi doctissimas. Anton. Pichard. d. loc. n. 42. dicendo Ulpiani sententiam procedere eo casu, quo expressa voluntas avi nolentis, & asserentis commodum bonorum possessionis nolle sibi acquiri per nepotem; præjudicium infert alijs, quibus tenetur avus conferre bonorum: enim non solum is, qui ex liberis est, conferre debet post acceptam bonorum possessionem contra tabulas; sed etiam teneatur conferre is, qui illum in potestate habet: ut expressè cautum est, in l. 1. §. is quoque 14. ff. de collat. l. filia 2. ff. de dot. collat. Si avus ne conferat, nepoti bonorum possessionis commodum remittere velit, quia id in fraudem aliorum, quibus commodum collationis cedit, factum esse creditor, adhuc cum conferre debere rectè dicitur in dictis legibus §. 6. nullus enim videtur posse esse effectus remissionis præter fraudem aliorum liberorum: itaque mancipare tunc nepotem avus tenetur, ut credatur sincero animo renunciale bonorum possessionem: quia non potest credit, alios fraudare voluisse, qui tot commodam patrie potestatis à se abdicavit. Quod omne rectè probari ait Pichardus ex verbis d. §. 14. ibi: Sed ita de mim adoptivus emancipatus collatione fratres privabit, si sine fraude hoc factum sit. Et sic etiam interpretandum esse text. in l. cum quidam 26. ff. de jure fisci: attestatur idem Pichardus, ubi proximè. Superior solutio recta mihi videtur, neque impugnat 32 natio D. D. Melchior Valentia ejus auctorē everrit: videamus tamē, si aliam illorū textuum interpretationem afferre valeamus, quæ nodū hunc dissolvere sufficientes valeat: illa mihi videtur sic tradi posse ex ipsis verbis: l. si pater filium 6. ibi Nisi forte avus iste nullum ex his fructum acquirere vult, paratque est de potestate nepotem dimittere, ut ad emancipati emolumentum omne bonorum possessionis perveniat. In quibus notari debent verba, nullum ex his fructum, dum de avo loquitur, & postea emolumentum omne dum agitur de nepote. Quorum verborum universalitate ostenditur, nullum neque directè, neque indirectè commodum ex ea bonorum possessione ad avum debere pervenire neque præsens, neque futurū, si desideret onus collationis effugere: & per consequens, ut omne omnino commodū tam præsens, quam futurū ad nepotē pertineat indepediter ab

avo: universalitas enim negativa omnem omnino sicut excludit: quod, in cap. primo, 6. verbo obligari de reg. jur. in 6. facit textus elegans in l. mulier 16. ff. ad S. C. Vellei. ibi: quia totam obligationem Senatus improbat, ut l. si debitor 27. ff. de fidejussorib. l. notus 14. §. 1. vers. & ideo si forte ff. de donat. l. patris 27. §. patris 2. vers. idem dicemus ff. de pact. l. Stichum 95. §. aditio 2. ff. de solut. l. 1. ff. de fidejussor. Donel. lib. 12. comment. jur. civil. cap. 30. Cujac. lib. 9. responsor. Papin. in dicit. l. si debitor & in l. quinquam 7. ff. ad Vellei. & lib. 28. quest. Papin. in dicit. l. Stichum §. aditio solut. & lib. 43. quest. Papin. in l. in 190. §. ff. de regul. jur. Anton. Fab. lib. 8. coniect. cap. 2. & 6. Ideo non sufficit avo declarare suam voluntatem dicens nolle sibi bonorum possessionem per nepotem acquiri, cum possit postquam illam sibi nepos acquiri: rursus commodum eorum bonorum, quæ in peculio adventitio nepotis remanent, in adventitio enim peculio reputatur quidquid acquiris qui in patria potestate est, ex his rebus, quas poterat acquirere ille, qui cum in potestate habebat, si non repudiasset illarum acquisitionem: l. professoria 5. §. si pater 5. ff. de jur. ditionum. quandoque velit sibi recuperare: omnia enim bona, quæ in peculio sunt, avus à nepote, dum in ejus potestate permanet, potest auferre jure dominij, ut fuscè disputavimus supra num. 16. Itaque cum debeat avus omne commodum tam obligatum, quam rectum; tam directum, quam indirectum; tam præsens, quam futurum renunciare, ut collationem effugere possit: rectè jubetur, nepotem emancipare quia emancipatione sola & non aliter ab omni fructu, & spe certa utilitatis bonorum omnino se abstulisse, creditur. Et sic interpretandi sunt textus in dicit. l. §. ff. de collat. & l. 6. ff. unde liberi. Ad quæ omnia nonnulli faciunt ea, quæ dicemus infra hoc cap. num. 41. circa servum hæredem institutum in eo testamento, quod pater ejus prohibuit mutari à testatore. Neque sententiam nostram enervat adhuc textus in l. si quis pro eo 56. §. 1. ff. de fidejussorib. in quo quasi firmo fulcro sententia contraria sustineri ait Valentia dicit. loc. num. 16. ibi: cum filius à patre fuisset stipulatus, & pater filio fidejussorem dedisset, fidejussorem non subfiteri ait Paulus reditè illa ratione, quia non potest pro eodem & eadem esse obligatus. Ex qua specie talem deducit argumentationem Valentia: ex illa stipulatione obligatio naturalis resultat, quæ inter patrem & filium subsistat: si pater à fratre 38. ff. de condit. in dicit. quæ quidem obligatio ex solo facto affirmatur: nec servus 41. non solum 49. ff. de pecul. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princ. 2. in princ. lib. 8. coniect. c. 5. Osuvald. lib. 15. comment. Donelli. cap. 48. liter. G. D. D. Martin. de Larreatequi. lib. 1. selectar. jur. disputat. c. 6. n. 2. ubi explicat eleganter sensum leg. 41. quæ explicatione defenditur rectè integra illius littera. & substitinetur ve bant civile, quod tollunt Anton. Fab. in dicit. cap. 5. Aigid Hortens in §. peculium 20. vers. idem instit. de legat. princ. in dicit. de obligat. in §. 1. instit. de stipulat. servor. & in §. 4. vers. cum autem instit. quod cum eo qui in aliena potest. est. Et huic obligationi naturali rectè fidejussoria civilis adhaeret: granè 8. §. 1. & seq. ff. de fidejussor. §. 1. instit. eod. tit. & cum pater pro se fidejussorem dedisset constitat noluisse sibi illam fidejussionis obligationem acquirere: sed non obstante illius voluntate acquiritur vinculum obligationis patri per filium, ut denotant verba textus. cum non possit fidejussor pro eodem & eodem esse obligatus: quæ ratio etiam extrat in l. Granus 72. ff. de fidejussor. & l. qui hominum 34. §. quidam filium 8. ff. de solut. ergo filius non potest sibi acquirere etiam quando pater non vult, ut per filium patri acquiratur. D. Hieron. O. 2. de Apicib. Jur. Civ.

Ad quam diffinitatem quæ totum negotium contra nos ficeret visum fuit supra dicitur Debeti semper cum veneratione nominando, dupliciter responderi potest. Primum, quod quando ex acquisitione filijfamilias aliquid de patrimonio patris diminuendum est, parva potestas non sinit obligationem oriri: solum enim potest sibi acquirere filius, quando aliunde res sine dano, & diminutione patrimonij patris. (propter ea, quæ dicenda sunt infra n. 6. & seq.) illi obvenit. Cum igitur in hac specie postquam fidejussor solverit, ei tenetur pater actione mandati quæ recuperabit idē fidejussor quantitatem, quam pro parte solverit. §. si quis 6. instit. de fidejussor. l. Lucius 38. §. 1. ff. mandati l. supra ead. 10. C. de d. tit. Donel. lib. 13. comment. jur. civil. c. 13. & in d. l. si pro ea 10. Ant. Fab. lib. 16. coniect. c. 9. non possit consistere fidejussoria obligatio in favore filij, quin mandati actio extet contra patrem ideo non tenetur fidejussor, quia non potest stare illa sine patris detrimento. Secundò responderetur, quod quando pater à filio stipulatur, nulla potest nasci obligatio principalis, cui accedat fidejussoria obligatio; non civilis, quia illam repugnat, & non recipit patrie potestatis observationem: Imperator 50. ff. ad S. C. Trebell. Anton. Fab. lib. 7. coniect. c. 11. Larreatequi lib. 4. selectar. jur. disputat. c. 8. n. 1. text. in l. nec cum filiofamilias 16. ff. de furto. non naturalis, quia inter eos, qui stipulandi animum habuerunt, ut in d. l. §. 6. §. 1. ex pacto naturalis obligatio non nascitur: l. 1. §. cum qui 4. de constit. pecun. l. juris gentium 7. §. quod ferè 12. ff. de pactis. Donel. lib. 16. comment. jur. civ. c. 21. in fin. Borcolt. de V. O. cap. 1. n. 11. Gothofred. in l. 1. §. 2. ff. de V. O. Bacon. lib. 5. declarat. 69. & 71. Osuvald. lib. 14. comment. Donel. c. 36. liter. L. Unde provenit, quod non tenuit fidejussor, qui non fuit principalis obligatio, cui posset inhærere in a. l. §. 6. §. 1. de fidejussorib. Neque ratio ibi à Paulo tradita, nempe quia non potest pro eodem & eadem esse obligatus, obstat potest: quia ex his verbis non constat fidejussorem à patre datum fuisse filio eo animo, ut noller sibi obligatum cum habere, & per consequens obligationem sibi non acquirere; non enim fidejussorem dedit pater, ut renunciaret obligationis fidejussoriam acquisitionem per filium ei faciendam sed ut facilius filium ad promittendum sibi provocaret: & tunc ratio illa à Jurisconsulto adducta eundem sensum habet ac si scriptum esset apertius hoc modo, licet nulla sit hic obligatio naturalis, cui fidejussoria accedat, tamen si supponeretur, quod subsisteret obligatio principalis, adhuc fidejussoria non teneret; quia acquireretur patri obligatio, si ipse expressè non testaretur nolle ad eum pertinere illam & cum in specie d. §. nullo ex verbo colligatur, patrem noluisse illam obligationem sibi nasci, rectè dicitur non teneri si te jussionem; qui fidejussor non potest pro eodem & eodem esse obligatus: & pro eodem, & eodem esse fidejussor obligatus si patre non declarante expressè suam voluntatem oppositâ acquisitioni stipulatio fidejussionis subsisteret, pro eodem, quia pater est reus principalis, pro quo fidejussor intervenit: & eodem, quia obligatio fidejussoria statim acquireretur per filium patri. Et ita hæc ratiocinatio argumentum facit à majori ad minus, ut contingit in l. si ab eo 7. C. de liberal. caus. vers. maxime. l. Mellia 14. §. si vers. nam & hujus aqua ff. de alt. ment. legat. de cujus eleganti explicatione vide Osuvaldum, licet Auctorē damnari, lib. 11. comment. Donelli c. 7. liter. E. Neque obstat nostrâ, quam defendimus, sententia text. in l. donationes 31. §. pater 2. ff. de donat. ex quo efficacius, & (ut ipse Valentia credit d. loc. n. 7.) insuperabile sumitur contrariæ opinionis fundamentum, & ex eo sic arguitur: filio existenti in potestate si donaverit pater, illa donatio non valet: l. §. pater l. 1. §. 1. si pater 4. C. 2. ff. pro

ff. pro donato: sed qui donat, certum est velle fieri accipientis illud, quod donat, neque ullo casu ad se reverti vel sibi acquiri: l. i. ff. de donat. l. 1. de 42. in fin. ff. de mort. cau. ac nat. l. 1. de natu. 35. de donatio 1. ff. eod. tit. ergo quantumvis pater velit acquisitionem rei donatæ ad filium pertinere, neque ad se reverti, non potest filius effici capax acquisitionis. Sic docet Cujac. lib. 8. resp. p. 1. for. l. apin. in l. cum pater 77. §. pater filia 17. ff. de legat. 2. & lib. 12. resp. Papin. in l. Pompon. Philadelphus 35. ff. fam. ercisc. Donel. lib. 9. comment. jur. civil. c. 5. & ibi. Oluvald. tit. D. & L. Anton. Gomez v. riar. 2. c. 9. n. 19. Superior doctrina, & retiocinatio confirmatur ex l. 2. §. ult. ff. pro hered. l. 2. C. de inoff. donat. l. cum bonis 11. l. si emancipatus 17. in fin. C. de donat. l. donationes 25. C. de donat. inter virum & uxorem. l. 3. tit. 4. part. 5. l. 4. tit. 15. part. 6.

37 Rejicio quasi omni jure destitutam responsionem Antonii Fabri dicentis, donationem à patre collatam in filium idè non valere, quia inter patrem, & filium obligatio, quæ necesse est ut ex donatione oriatur, consistere nequit: rectè enim eam impugnat Valentia d. loc. n. 8. quem videre poteris: nam Faber falsè supponit ex donatione nasci obligationem, ut Valentia rectè cogitat & probatur ex tex. in l. obligationum §. 1. ff. de oblig. & action. etiam contemno Vaconium qui filium facit capax acquisitionis quando à patre acquirit, & non quando acquirit ab extraneo lib. 4. de clar. 50. Unde solutio adducta per Antonium Pichardum d. c. 5. n. 44 (licet aliam dabimus paulò inferiùs) laudanda est, & tenenda: dum dicit donationem à patre in filium collatam non esse prohibitam ex eo, quòd filius sit acquisitionis incapax: sed ex eo, quòd supra n. 35. tetigimus: quia non decet filio acquisitionem cum diminutione patrimonij paterni inchoare, nè nimia liberalitate, & impetu quodam largitatis pater in filium suum patrimonium effundat: l. 1. C. de inoff. donat. quæ lex loquitur de filio in potestate existenti, cui donatio facta fuit ibi: aut in potestate ejus permansit, non, ut ait Valentia, de emancipato. Ex quo fit, quòd ex extraneis donationibus rectè sibi filius acquirere potest: sicut vir & uxor, quibus prohibita est de rebus propriis donatio ne mutuo amore se spolient: l. 1. si sponsus 5. §. fin. ff. de donat. inter virum & uxorem: de rebus vero alienis valet donatio inter virum & uxorem l. si constante 25. dicit. tit. vel si alter desinat lucrum capere, ut ad alterum ex conjugibus perveniat, dicit. l. 5. §. si maritus 13. l. si per filium 5. §. si pater 5. ff. de jur. dot. Nihil mirum ergo, ut prohibeatur donatio facta filio per patrem, ne propter nimium amorem & naturalem erga liberos charitatem (ut loquitur Papinian. l. nam etsi 15. ff. de inoff. testam. ad quod faciunt text. in l. cum tale 72. ff. de condit. & demonstrat. l. Julianus 26. §. denique ff. si quis omni casu. testam. quos rectè explicat Cujac lib. 14. quest. Papin. in dicit. l. nam etsi) suum patrimonium non solùm timeatur, ut diminuat; sed etiam ut omnino in filium pater effundat: & ita ex tam justà inter patrem, & filium prohibitione donationis non rectè inferitur ex extraneis donationibus, & ex aliis etiam causis filium omnino esse incapax acquisitionis. Et licet replicari possit, non esse rectam comparationem de donationibus inter virum, & uxorem ad eas, quas pater confert in filium: quia in primis moribus receptum est, ut prohibita sint in secundis, quia nulla est neque moribus recepta, neque lege scripta prohibitio, & ideo non esse rectam rationem decidendi illam, quam nuper dedimus ad dicit. l. donationes pater; tamen non erit absurda responsio, si quis dixerit, quòd moribus receptum est inter virum, & uxorem, ex honestate obervandum

esse inter patrem, & filium: vide ea, quæ diximus supra n. 35.

Neque obstat. si cum Valentia apponas dicit. 38 loc. n. 19. textura in l. si emancipatus 17. Codic. de donat. & ejus verba in fine ibi: Sanè si ea, quæ in iura potestate donaveras, post emancipationem contra tuam tenuerint voluntatem, horum penes te dominium remansit, siquidem neque tempore, quo voluisti propter vinculum potestatis sibi quidquam querere, neque postea te invito de rebus tuis potuerunt. Ex quibus deducit Valentia generalem fuisse decisionem illam, quæ ostenditur per Imperatores, & semper fuisse filium incapax acquisitionis, dum existeret in patria potestate. Nam respondetur; illam responsionem, quam Imperatores dederunt, fuisse adaptatam speciei, quæ in themate textus fuit proposita: & cum id fuisset de donatione à patre facta filio in sacris paternis constituto, rectè responderunt Imperatores dicendo; propter vinculum patrie potestatis non potuisse filium sibi quidquam querere ex bonis scilicet paternis, quod & nos libenter admittimus.

Hæc dicta sunt, ut Antonij Pichardi interpretacionem tueamur: ceterum quis hac in re noster sensus sit breviter docebo. In dicit. l. donationes 31. §. pater 2. ff. de donat. & cæteris legibus adductis supra n. 36. non agitur de donatione vera hoc animo à patre facta, ut perpetuò res apud filium remaneret; sed de donatione eo voto facta, ut res donata esset loco peculij; & sic pater donando destinatione sua peculium contulit filiz in sacris familiæ paternæ remanenti, ut eleganter docuerunt Diocletianus, & Maximianus in l. cum de bonis 11. C. de donat. his verbis: in eum, qui in sacris familiæ tue remanet destinationem magis paternæ voluntatis factam, quam perfectam donationem pervenisse. Idè in dicit. §. pater posita prius generalitate verbi, donavit, statim adhibuit Consultus: & peculium emancipatæ non ademit, ut significaret, non fuisse ibi simpliciter donationem, sed solam peculij constitutionem: sic etiam in l. per servum 37. §. 1. de acquir. ver. domin. quem sensum ab Aceursio prius introducendum, laudatum video à doctissimo viro D. D. Martino de Larreatequi lib. 4. selectar. jur. disputat. cap. 8. n. 9. & cæ interpretacione conciliat textus alioquin inter se sumptoperè diversos in l. si donatione 13. Cod. de collat. qui non loquitur de simplici donatione, sed de peculij destinatione, & constitutione & l. filia 18. Codic. fam. ercisc. qui loquitur de simplici donatione: sic etiam Roman. Cinius, Gifan. & alij in locis à Larreatequi adductis. Quæ interpretatio melior est, quam illa, quam tradit Cujac. lib. 10. responsor. Papin. in l. 8. ff. de dot. collat. & lib. 9. observat. 17. & aliæ aliorum, quas refert, & refutat Oluvald. lib. 9. comment. Donel. capite 6. liter. E. & F.

Superiora probat textus elegans in l. pater 15. in 40 princ. ff. de pecul. castr. ubi disputatur: an castrensis, an alterius peculij fiat id, quod pater donat filio militi reverso: ex quo constat donando pater constituitur peculium, dum absolute donat, si specialiter non declarat, nolle peculium consti vere, sed donare simpliciter eo animo, ut rei donatæ dominium apud filium sit, Anton Fab. in jurisp. Papin. tit. 11. princ. 6. italic. 15. & 18. Ex quibus apparet in dicit. l. si emancipatus vers. fin. e. peculij donationem fuisse, & ante emancipationem illud patrem revocasse, ut vindicant illa verba: post emancipationem contra tuam tenuerint voluntatem, & in fin. text. neque postea te invito de rebus tuis potuerunt: non enim dicitur ademptum peculium, nisi specialiter

specialiter adimatur: l. peculii 4. l. quam Tuberonis 7. in princ. & §. pupillum 3. cum l. seq. l. si Stichus 53. ff. de pecul. l. si quis servo 18. l. quod servus 35. ff. de solut. l. servi 14. ff. de obligat. & act. dicit. l. donationes 31. §. pater 2. ff. de donat. l. unica C. de pecul. ejus qui libertas meruer. Et per consequens non poterant verificari verba illa, post emancipationem, &c. Ex quibus rectè etiam interpretantur text. in l. 1. §. 1. l. 4. de donat. l. 3. §. ult. ff. pro hered. quos adducit Valentia supradict. n. nam in dicit. legibus donandi verbum denotat constitutionem peculij: idè rectè dicitur in d. l. 1. §. 1. nullam esse donationem, id est, nullam intervenisse donationem, cum pater peculium filio constituisset potius, quam donasset & sic meo videri melius explicat dicit. l. 2. §. ult. ff. pro hered. quàm per Marcum Lyciamam lib. 7. membr. ecloga 2. ubi præter cætera malè docet illud textum accipiendum esse de filio emancipato contra mentem & expressam sententiam Iuliani. Rectè ergo & inexpugnabilis permanet sententia nostra, quæ affirmamus filium familiæ jure ff. fuisse capax acquisitionis in his casibus, in quibus pater nolit, ut sibi per filium acquiratur.

41 Supposita hæc, quam de acquisitione filiorum familiæ sustinemus, conjecturâ; necesse est, ut interpretemur textum in l. 1. §. si dominus 1. ff. si quis alium quem testatur prohib. vel coeger. ibi: dolo fecit dominus, ne mutaretur testamentum, in quo servus ejus hæres institutus erat, licet iste servus post manumissionem, quando sibi ipsi acquirere potest independentè à domino, adierit hæreditatem actiones hæreditariæ servo denegabuntur: idemque esse ait, si liberis ejus etiam emancipatis fuerit aliquid datum in testamento: ergo filius familiæ non solùm non potuit acquirere sibi, dum erat in patria potestate, sed etiam ex eo quòd aliquando in ea fuit, obstat patris potestas præterita, ne acquirat quod alij acquirerent. Probo hoc perspicuè ex vers. sed fidei legatum in fin. nam interpositus dolo nocet ei dolo, quòd aliquid sibi relictum est, non si ad aliud pertineat res, quæ datur ibi: consequens est dicere admitti eum ad legatum, quòd non ipse habuisset, sed ad alium sit translaturus. Ergo in acquisitione quæ aliis non noceret, nocet servo & filio dolo domini & patris ex eo, quòd in potestate dolo aliquando fuerunt. Neque interest, si accipias illum §. de filio, qui tempore, quo dolo patris intervenit, erat in ejus potestate: quia quòd agitur de acquisitione, filio s. sui juris est, & commodum illud ad patrem pertinere nequit; ideo filio, vel servo datum debebat conservari, & actione ad id consequendum eis competere (de explicatione hujus tit. & §. vide fusè scribentem Ioan. Daur. de testam. n. 23. vers. cum 3.) Nos tamen illius circa hanc difficultatem sensum omittimus, & dicimus in dicit. §. non ideo denegari actiones filio, quia incapax est acquisitionis, ut supra diximus, neque ex eo, quòd postquam emancipatus sit, plus diminutam habeat, & cæteris personis minorem potestatem acquirendi; sed ex eo, quòd propter naturalem erga liberos charitatem, & arctissimum necessitudinis vinculum creditur patris sibi acquirere utilitatem eorum, quæ ad filios pervenire faciunt; textus est in hac re elegantissimus in l. nihil interest 50. §. sed nunquid 2. ff. de bonis libertar. ibi: faciliusque suspicio per filium scriptum heredem, quamvis emancipatum advenitum liberi hereditatem ipsum parvum habere; cum omnia, quæ nostra sunt, liberis nostris ex voto paremus, text. elegans in l. Iulianus 26. §. ult. ff. si quis omni. caus. testam. Unde habet rationem decidendi à contrario sensu l. 2. C. de libert. & eor. liber. ubi filij post ingratitude natum, ante tamen quàm libertus revocaretur ad servitutem, dicit. Oroz. de Apic. Jur. Civil.

etiam servi efficiuntur quoniam, ut ait Iuriscultus Gaius, servus eorum ad dolorem nostrum, injuriamque nostram porrigitur, l. quoniam 2. ff. de liberal. caus. Cæterum ut etiam horum, quæ de servo diximus, rationem decidendi demus, nempe quare his actiones post emancipationem denegentur; illud ex eo provenire credo, quòd utilitatem propriam sentiat patronus ex acquisitione ejus, quòd in eo testamento relictum sit: quia quòd plura bona habeat libertus, tantò major erit legitima pars, quæ patrono debetur ex bonis ipsius liberti, l. si quis servum 23. ff. de act. empt. l. 1. §. pen. ff. si cui plus quàm per leg. Falcid. l. etiam 3. §. si debita 15. & §. debitum ult. l. si 6. §. ult. l. cum l. seq. ff. de bonis libert. Quæ ratio etiam procedit in filio emancipato, cum exemplo patronorum danda sit parentibus legitima portio tanquam manumissoribus: l. 1. & tot. tit. ff. si à paren. quis manum. sit.

CAPUT VI.

Prosequitur, & deciditur quæstio proposita in Capite præcedenti.

SUMMARIUM.

- 1 Resolvitur quæstio proposita in cap. sup. puta: an patre hærede instituto, filio legari possit? Servus omnino est incapax sibi acquirendi.
- 2 Nullibi in ff. scriptum reperitur, legatum filio familiæ relictum in testamento, quo ejus pater hæres instituitur, per regulam Catonianam irritari. Referuntur plurimi textus loquentes de servo, cui relinquitur legatum ex testamento, quo ejus dominus hæres instituitur.
- 3 Superioribus obstat text. in l. quæstio 91. ff. de legat. 1. Ejus species, & difficultas proponitur. Obstat etiam text. in l. à filio 25. ff. de leg. 1. & text. in legato 17. ff. quando dies legati cedat.
- 4 Superiorum legum difficultas dissolvitur.
- 5 Legatum patri relictum in testamento, quo ejus filius hæres instituitur est, ex postfacto potest irritari. Idem dicendum est in legato, quòd domino relinquatur ex testamento, quo hæres ejus servus instituitur. An legatum hoc ex postfacto irritum impetur domino, vel patri in falcidiam; affirmativè resolvitur.
- 6 An quòd implenda conditionis causa datum est, impetur in falcidiam? Obstat text. in l. si à servo 20. ff. ad l. falcid.
- 6 Conciliatur textus in dicit. l. à filio cum dicit. l. 20. Computari in falcidiam, & imputari in falcidiam diversa sunt. Verbum imputari significat etiam idem, quòd verbum computari. Reprehensio Oluvaldi contra Cujacium pro injusta notatur.
- 7 Quòd conditionis implenda causa datur, non imputatur in falcidiam. Obstat huic sententiæ l. in quartam vers. sed & quòd ff. ad l. falcid. Cujacius totam versiculum tollendum esse ait. Nova interpretatio traditur, quæ integer servatur vers. In multis legibus ult. versiculus non refertur ad proximum præcedentem, sed ad remotiorem.

Explicatur text. in l. si impuberi 13. ff. de tuto-
rib. dat.

Eodem modo interpretatur text. in l. 7 §. ult. ff. de
cond. caus. data caus. non secut.

EX his, quæ tam longè scripsimus de adquisi-
tione filiorum familiæ, facile resolvitur quæstio pro-
posita: an pater hæredem instituit, filio valide legari pos-
sit, ita ut per regulam Catonianam non irritetur tale
legatum; Nam si verum est, quod de servo diximus
supra cap. 2. num. 2. idèd domino hæredi instituto, ser-
vo non posse legari: quia servus dum est in potestate
domini, quidquid acquirit, domino acquirit, non
solum ignorant, sed etiam invito: quia ipse servus est
omnino incapax sibi acquirendi: ita ut quicquid ac-
quirat, acquirat statim domino, à quo capacitatem ac-
cipit, ut fuscè scripsimus supra dict. num. de quo viden-
da sunt etiam quæ diximus supra cap. 1. A contrario verò
quia filius capacitatem habet per se sibi acquirendi,
& illam exercet tunc, quando pater non vult, ut per
filium ei acquiratur: ideo filio rectè legatur ex eo tes-
tamento, in quo pater hæres institutus est: quia po-
test accidere, ut nolente patre sibi acquirat legatum
filio relicto; ipsi filio, cui capacitas acquirendi est,
acquiratur.

Idèd fortassis nullo in textu, quem ego memine-
rim, scriptum reperitur per regulam Catonianam im-
pediti legatum filio relicto, quando pater hæres in-
stitutus est: omnes enim leges loquuntur de servo le-
gatario, cui legatum datur in eo testamento, quo do-
minus ejus hæres instituitur: l. in ratione 30. §. cum
lex 8. ff. ad leg. falcid. §. an servo 3. 2. instit. de legat. l. le-
gata 14. ff. de adimend. legat. l. planè 34. §. si conjunctim.
8. l. si statuliberum 11. ff. de legat. 2. l. si socius 89. ff. de hæ-
red. instit. l. si optio 11. ff. de opt. legat. l. licet 20. dict. tit.
de adimend. legat. l. Iulianus 86. l. cum servus. 82. ff. de
condit. & demonstrat. l. quæstium 91. §. 1. ff. de legat. 1. l.
servus 4. C. de legat. l. cum filius 76. §. servus 4. ff. de le-
gat. 2. l. nam cum libertas 8. ff. quando dies legati cedat.
l. divus 26. ff. de manum. testam. l. cum legato 17. ff. quan-
do dies legati cedat: quæ omnes leges, & aliæ plurimæ,
quæ deduci poterant, nullam aliam rationem habent,
nisi illam, quam tradimus quod filium familiæ acqui-
sitionis incapax præsentiat Jurisconsulti; idèd de
servis legatariis tantum loquuntur, quia illis soli
Catonia regala impedimento esse poterat.

Superioribus obtare videtur textus in l. quæstium
61. in princ. ff. de legat. 1. in ejus specie proponitur,
hæredem institutum fuisse filium familiæ in patris
potestate existentem: qui quidem filius etiam filium
habebat, qui erat eodem modo constitutus in potesta-
te avi: quæritur, an nepoti huic possit legari à filio hæ-
rede instituto? respondit Consultus, quod cum possit
ad filio hærede instituto legatum patri relinquere,
posse etiam nepoti, vel servo patris sui legari: er-
go equaliter prohibetur legari filio patre ejus hære-
de instituto, ac prohibetur legari servo, cum do-
minus ejus instituitur: ac per consequens jam de fi-
lio familiæ scriptum stat idem, quod passim statuitur
de servo. Ulterius in l. à filio 25. ff. eod. tit. disputatur:
an à filio hærede purè legari possit patri? quod du-
bium apud Consultos in quæstionem non adducere-
tur, si verum fuisset contra, patre hærede instituto
potuisse legatum filio relinquere. Unde apparet, non so-
lum de filio hoc inveniri scriptum, ut reperitur etiam
in l. cum legato 17. in fin. ff. quando dies legati cedat. ibi:
quod consistere intelligitur eo quod quamvis statim pa-
ter familiæ moriatur, potest emancipatus adire hæredi-
tatem, ut patri legatum debeat; sed etiam videatur
huic quæstioni initium dedisse certitudo juris alterius

quæstionis: nempe, quod patre hærede scripto non
possit filio legari: licet non possit servo, quando do-
minus hæres instituitur.

His difficultatibus occurrit facile is, qui attentè
perspexerit in superioribus legibus non dedisse ra-
tionem dubitandi similitudinem filij familiæ, & servi
quoad acquisitionem, sed effectum juris contingen-
tis in legato relicto patri, vel domino, dum filius, vel
servus hæres instituitur: cum enim jussu patris, vel do-
mini adeundo hereditatem: l. qui in aliena. l. si quis mi-
hi 25. §. jussu 4. ff. de acquir. hered. l. filius familiæ 92.
eod. l. si hereditas 5. 1. de acquir. rer. dom. statim pater, vel
dominus fiat hæres per filium vel servum, l. si pater 40.
ff. de hered. instit. l. si quis 7. ff. de acquir. hered. l. cum pro-
ponas 3. C. de hered. instit. §. si servus 4. instit. de vulg. sub-
stit. Donel. lib. 6. comment. jur. civ. c. 24. Osuvald. ibidem
liter. K. Ant. Fab. de error. pragmat. deced. 3. error 7. quia
concurrerant hereditas, & legatum in una eademque
persona; quæretur: an per regulam Catonianam im-
probandum esset tale legatum? & negativè responde-
runt Jurisconsulti moti illà ratione: quia à principio
quando vires suas regula Catoniana exercet, valuit le-
gatum quasi sub conditione datum: veluti si hereditas
ad patrem, vel dominum non pervenerit; secundum
ea, quæ diximus supra cap. 3. n. 1. & seqq. quæ ad hunc
propositum omnino videnda sunt. Itaque similitudi-
nem fecerunt dictæ leges inter servum, & filium fami-
liæ non omnimodo, sed solum in eo casu speciali,
quo dum uterque esset in potestate patris, vel domini;
eorum jussu adjerit hereditatem. Ex qua similitudine
nihil contrarium adduci potest, quod à sententia præ-
terita nos possit removere.

Notandum tamen est, hoc legatum patri, vel domi-
no relicto ex testamento, quo filius, vel servus hæ-
res institutus fuerit postquam jubentibus his, in quo-
rum potestate sunt, adjerit hereditatem, quæ statim
acquiritur patri, vel domino: l. placet 79. ff. de acquir.
hered. l. 1. ff. si à paren, quis manumissus sit, irritum fieri
ex postfacto, & jure hereditario apud patrem, vel do-
minum permanere, imputarique ei in quartam falcidiam.
l. quod bonis 13. §. fructus 6. l. quod autem 74. ff. ad
leg. falcid. Anton. Fab. lib. 6. conjec. c. 3. Cujac. lib. 8. ob-
servat. c. 4. Anton. Compt. lib. 2. disput. c. 5. & cum mul-
tis aliis D. D. Melchior. de Valentia tra. 1. illustr. cap.
7. num. 3. quod non imputaretur, si illud jure legati
obtinere: l. si à meriti 29. l. fundo legato 4. ff. ad l. fal-
cid. Neque quod datur conditionis implendæ causâ
quia ea neque capit jure hereditario, neque jure tes-
tamenti: l. in ratione 30. §. tametsi 7. l. in quartam 91.
in princ. & in fin. l. id autem 76. ff. ad leg. falcid. l. si quis 8.
ff. si quis omitt. conf. testam. quibus non obstat dict. l. in
quartam vers. sed & quod implendæ: etiam hic versicul.
non est referendus ad versiculum proximè præceden-
tem d. l. 29. l. 17. quando dies leg. cedat. Quibus obtare
videtur text. in l. si à servo 20. ad leg. falcid. ubi: si à
servo meo hærede instituto mihi legatur, & mihi acquire-
tur hereditas, negat Macianus id legatum in falcidiam
computari, quia non debeatur; ait Scavola: ergo non
irritatur illud legatum, quod à principio substitit, eti-
am si deveniat ad eum casum, quo patri acquisita sit
hereditas: quod ita esse credit Donellus lib. 8. com-
ment. jur. civil. cap. 7. & Cujacij vestigia securus D. Si-
mon de Villalob. in paradoxa. civil. philosoph. peri-
phrasi 16.

Sed respondetur, rationem diversitatis in eo esse,
quod in d. l. à filio 25. dicitur, impuberi falcidiam,
id est numerari inter ea, quæ adimplent quantitatem
quartæ deducendæ ex legatis; & in dict. lege si à
servo 20. dicitur, non computari in falcidiam, id est,
non connumerari inter ea, ex quibus deducitur quar-

ta pars falcidæ: itaque non repugnant inter se; nam
ideo imputatur, quia non computatur, sed jure hære-
ditario percipitur: sic Osuvald. lib. 8. comment. Donel.
c. 7. lit. l. & c. 24. lit. H. ubi comprehendit Cujacium
in l. in ambiguis 85. §. 1. ff. de regul. jur. affirmantem
dissentisse Consultos; sed non prudenter eum in re-
prehensionem vocat: quia ipse Cujacius suam sen-
tentiam emendavit, & hanc ipsam distinctionem tra-
didit lib. 2. responso. Papin. in l. quod statu liber. 41. ff. de
mort. cau. donat. imò plus addit, eandem differentiam
constituendam esse de verbo impuberi solo, ex eo,
quod duplicem illam significationem habeat. l. §. item
si 8. ad leg. falcid. Unde colligitur injustè reprehen-
sum fuisse Cujacium, cum ejus sensum Osuvaldus
aprobaverit; & solum Donellum in dict. cap. 7. lit. D.
deceptum fuisse jussu fateatur, cum dicat, legatum do-
mino, vel patri relicto, & à principio va idem ex
postfacto non irritari, si ad patrem per filium, vel ad
dominum per servum hereditas obvenit propter
rationem, quam dedimus. Cujus exempla sumi pote-
runt ex his, quæ dicenda à nobis sunt infra cap. 8.
circa quæstionem: an si creditor debitor legaverit il-
lud, quod debet, nullum sit legatum; & à regula Ca-
toniana reproberet? qua in re multa singulariter ex-
cogitata dicere curabo.

Id, quod diximus supra num. 5. scilicet quod im-
plendæ conditionis causâ datur, non imputari in
quartam; evertere tentat textus in l. in quartam 91.
vers. sed & quod, ff. ad leg. falcid. ibi: Sed quod imple-
ndæ conditionis causâ fideicommissum heredi datur; in ea-
dem causa esse admittendum, sciendum, est: ergo im-
putatur illud in falcidiam. Cujacius d. lib. 2. responso.
in d. l. 41. ff. de mort. cau. donat. ait, totum versiculum
ut falsum tollendum esse; quia & à Basilicis, & Pan-
dectis Florentinis abest: falsitatisque rationem non
inefficaces tradit. Nos tamen videre intendimus, an
possit huic morbo sectione lenius remedium adhibe-
re: itaque mihi videtur interpretari hunc versiculum
commode posse referendo illum non ad versiculum
proximè præcedentem, nempe, sed & si accepta, de
quo dicitur in quartam imputari; sed ad ea, quæ dixit
Consultus in principio legis ibi: vel implendæ condi-
tionis causâ accipit, nam hæc in quartam non imputan-
tur, & sic absque ulla laceratione defenditur dict. ver-
siculum. Neque sine Doctore maximo, & perspicacis-
simo ad hoc genus interpretationis ducor; habeo
enim Antonium Fabrum, qui lib. 9. conjec. cap. 16. ex-
plicat vers. idem & circa injustum leg. posthumus 12.
in fin. ff. de injust. sup. irritaque fact. testam. referens il-
lum, non ad versiculum immediatum idcirco, sed ad
præcedentem remque obtrinebit: & lib. 19. conjec. cap.
9. in l. servitutes 14. ff. de servitutib. versic. idem &
in servitutibus non tribuit versic. proximo præceden-
ti, sed principio leg. versic. & ideo usu non capiun-
tur. Unde infra cap. 10. num. 15. idem Faber. in ratio-
nal. ad l. venditor 21. vers. quemadmodum, ff. de here-
dit. vel actione vendita. Sic etiam intelligendus est vers.
ulimus leg. si impuberi 13. ff. de tutorib. dat. l. qui se de-
bere. 7. ff. de cond. caus. dat. cau. non sequit.

CAPUT VII.

Regula Catoniana an ad legata omnia per-
tineat?

SUMMARIUM.

1. Regula Catoniana pertinet ad legata pura.

Legatum est imandum est secundum jus presentis
temporis.

2. Regula Catoniana non pertinet ad legata, que sa-
cra sunt utilia, vel inutilia per novas leges.
Lex ultima de regula Catoniana nimis obstrictè
sumpta omnino ampliatur.

Quæ dicantur nova leges respectu regula Catonia-
na?

Lex 11. tabul. iustas postremus populi jus restum
constituebat.

3. Regula Catoniana non pertinet ad legata conditio-
nalia, & quare?
Legatarius pendente conditione agens non consumit
actionem.

Explicatur text. in l. interdict 59. ff. de condit.
& demonstrat.

4. Interpretatur text. in l. si ci meæ 28. ff. de le-
gat. 3.
Ratio dubitandi proponitur, & solvitur.
Fidei ejus, cui inutiliter legatur, committi non po-
test.

5. Ratio decidendi ad dict. l. proponitur.
Non videtur capere qui restitutus est.
Plerumque per alium quis potest, quod per seipsum
non potest.

Lex Julia Papie quid statuerit circa orbos tam vi-
ros, quam uxores.
Explicatur remissivè text. in l. 5. §. 1. ff. de donat.
inter vir & uxor.

Lex Julia etiam dedit decimam partem ex testa-
mento morientis, ei qui supervixit, etiam si sine
liberis decesserit.

Et eadem lege datur etiam tertia pars usufructus
bonorum.

Etiã quandoque liberos habuerit tertia pars pro-
prietatem eadem lex dedit.
Superiorum vestigia adhuc in Pandectis reperiri-
tur.

6. Regula Catoniana pertinet ad legata inutilia propter
solum legatarii incapacitatem.
Obstat l. 3. §. de jure fisci.
Antonii Fabri interpretatio ad eam legem rejici-
tur.

Maxima differentia est inter incapaces absolutos,
& casibiles, atque orbos.
Interpretatio dict. §. 2. irritata à Parexa laudatur,
& sequitur.

7. Explicatur text. in l. 6 §. 1. ff. de cond. & dem.
Res legata incapaci totius legati legatarii est vi-
detur pro ea parte, qua causa implendæ condi-
tionis erogavit.

Explicatur text. in l. 3 §. 2. ff. de condit. & de-
monstrat.

8. Interpretatur text. in l. 8 §. ff. de acquir. hered.
Servus testamenti factionem passivam non habet ni-
si à domino.

Non potest hæres institui servus ejus, qui ipse non
potest institui.
Donellus ab Osuvaldo rectè reprehenditur.
In tempus capiendæ hereditatis, hæredem insti-
tuere benevolentia est.

9. Explicatur text. in l. 48 §. 2. ff. de hered. instit.
Servus regulariter in caput domini torqueri non
potest.

Dominus alicujus criminis reus factus potest manu-
mittere servum suum.
Hæc diversa sunt in causa adulterij, & aliis qui-
busdam.

Servus non potest hæres institui à domina, cum
qua adulteravit.

- 10 Rogerius rectè ab Accurso reprehenditur. *Abduc remanet scrupulus* in dict. l. 48. §. 2. & in princ. instit. de hered. instit. vers. & tamen casus. *An duo, scilicet, vir & mulier possint adulterij crimine accusari.* *Explicatur supradicta leges.*
- 11 *Explicatur text. in l. pen. ff. de legat. præstand. & l. 19. de rebus dub.* *Interpretantur remissivè text. in l. 46. l. 41. §. 2. ff. delegat. 3.* *In ipso summo iure observatur aequitas propter necessitudinem.*
- 12 *Quam sensum habeant apud Jurisconsultos verbum tutius, verius, consultius, facilius, melius, æquius, justius, & similia.* *Legatum relictum incerta persona de certis valet.* *Legatum relictum, Collegiis meis, cognatis meis, liberis meis, civibus meis, valet.*
- 13 *Superioribus obstat §. incertis vers. libertas instit. de legat.* *Testator olim non poterat servos manumittere sine ordine priorum, vel posteriorum.* *Plerumque strictum jus suspenditur propter favorem libertatis.* *Quare libertas sic relicta in testamento omnibus servis, non valeat?* *Non potest dari libertas in testamento, nisi nominatim singulis servis, & quare?* *Quis dicatur numerus legitimus in l. furia.*
- 14 *Explicatur text. in l. 82. §. 2. ff. de legat. 2. & num. seq.* *An possit domini res servo legari per donationem?* *An idem, si servo legetur id, quod debetur domino?* *Ad validitatem legati servi persona inspicitur.* *Olim alieno posthumo non poterat legari.* *Olim alieni posthumi servus poterat heres institui.* *Posthumus diem de ejus commoditate agitur, pro nato habetur.* *Non potest quis esse his dominus unius rei.*
- 15 *Rem domini legari servo idem est, quod rem alienam legare legatario.* *Res aliena legata per heredem emi debet, & legatario prestari.* *Si dominus nolit rem alienam legatam vendere, ejus affirmationem heres prestat.* *Noviter interpretatur text. in dict. l. 82. §. 2.*
- 16 *Superiori interpretationi obstat quadam consideratio, & illi subtiliter respondetur.* *Perfic, calumnia dict. l. 82. §. 2. explicatur remissivè.* *Verba dict. §. id demum servo alieno legari posse &c. explicatur remissivè.*
- 17 *Explicatur textus difficilis in l. cum servus 39. aliar apud Julianum §. si Titius à me 2. ff. de legat. 1.* *Ejus proponitur species, qua vix cum regula Catoniana consistere posse videtur, & num. seq.* *De varia verbi vox acceptione.* *Ratio dubitandi ad dict. §. si Titius à me ornate traditur.*
- 18 *Celebrata emptione & venditione ante traditionem vel dominium remanet venditoris.* *Quid significat perficere emptionem.* *Causam dominij sequuntur utilitates, & incommoda.* *Nemo tenetur prestare domino casus fortuitos.*

- Perempta re, absque debitoris mora extinguitur obligatio.*
- 19 *Ratio decidendi reperitur in verbo d. §. sed exempto actione liberatos, &c.* *Eorum verborum difficultas ponderatur ex verbis, prima facie & num. seq.* *Improbatur semel legatum per regulam Catonianam nunquam suscipitur.*
- 20 *In contrahentibus, qui consensu perficiuntur, nascitur obligatio ante rei traditionem.* *In his contrahentibus quandoque sequatur rei traditio, retroabitur ad tempus conventionis obligatio.* *In contrahentibus semper inspicitur eorum initium.*
- 21 *In contrahentibus, qui re perficiuntur, omnia diversa sunt.* *Interpretatur text. in l. 82. §. 1. ff. deleg. 1.* *Reipublica causa absentibus datur restitutio in integrum ex omnibus lesionibus.* *Reipublica causa absentium familia & domus virorum illustrium fidei, tutelaque committuntur.* *Non videtur, rem ejus esse, à quo invito pretest auferri.*
- 22 *Superiori interpretatione valde obstat text. in l. 77. §. 8. ff. de legat. 2.* *Legatum rei aliena conjunctis relictum valet, etsi illam legaverit testator credens esse suam.*
- 23 *Dissimilis est species dict. §. 1. ab ea, que stat in dict. §. 8.* *Heres legatarius, vel fideicommissarius non tenetur de evulsionem.* *Nullus donatur de evulsionem tenetur.* *Dua causa lucrativa, in eodem homine circa eandem rem concurrere non possunt.*
- 24 *Cujacij & Donelli emendatio ad d. §. 8. refertur.* *Osuvaldas Florentinam lectionem optime servat.* *Alia conjectura Authoris noviter deducitur.* *In legatis voluntas testatoris omnino attenditur.* *Non creditur facile, plus legari, quam exprimunt verba testatoris.*
- 25 *Regula Catoniana ad legata pura pertinet, non ad conditionalia.* *In legatis conditionalibus tempus conditionis spectatur, non testamenti.* *Regula Catoniana non pertinet ad legata, quorum dies cedit post aditam hereditatem.* *Ab hac regula generali excipitur legatum libertatis, ad quod pertinet regula Catoniana.*

Nunc numerare oportet hic, & in cap. sequentibus dispositiones testamentum, ad quas regula Catoniana extendatur. Et primò de legatis loquamur fuisse nemo non videt; in sua enim definitione sic ait: quòd si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret id legatum, quandocumque decesserit non valere: de qua diffinitione egimus fusè supra c. 1. test. in l. in ratione §. fin. ff. ad leg. falcid. l. planè 24. §. si conjunctim 9. ff. de legat. 1. l. servus 4. C. de legat. l. cetera 41. §. tractari 2. ff. de legat. 1. & passim. Quæ diffinitio, ejusque usus apud omnes sine controversia est: quia non secundum futuri temporis jus, sed secundum præsens æstimari debet legatum, ut de stipulatione dicitur, in l. continuis 137. §. cum qui 6. ff. de P. O. O'vald. lib. 11. comment. Donel. cap. 9. liter. G.

Notandum tamen est, regulam Catonianam non pertinere ad legata, etiam si pura sint, quæ utilia, vel quæ inutilia facta sunt per novas leges: l. ult. ff. de regul. Caton. quam legem hæc extensio somendam esse semper pro certo habui, non ad legem Julianam & Papiam.

Papian. restringendam, ut facit Balduin. de reg. Caton. & explicat tempus in quo lex illa lata est; Cujac. lib. 14. observat. cap. 4. qui sui ipsius immemor sic generaliter eam legem accipit lib. 9. quest. Papiam in l. cum filiofamilias 11. ff. de legat. 1. & lib. 15. quest. Papiam in l. 3. ff. de regul. Caton. Joan. Daut. de testam. num. 20. & seqq. Sicut enim novæ leges dicuntur in libris nostris omnes quotquot sequuntur sunt post leges 12. tabular. inter quas scripta erat una lex, quæ jubebat, ut quodcumque postremum populus jussisset, ad jus recedendum esset illa reperitur in fragm. 12. tabular. tit. de legib. cui consonat text. in l. non est novum 26. & duob. seqq. ff. de legib. Ratio est, quia respectu illarum legum 12. tabular. novæ sunt subsequentes; sic respectu regulæ Catonianæ leges universæ ei posteriores disponentes de legatis, hæreditatibus & aliis rebus, ad quas illa extenditur, novæ dicuntur: l. tuela 7. ff. de cap. mimit. dict. l. ult. ff. de regul. Caton. Anton. Fab. in ration. ad l. 1. ff. de æstimat. act. quod & annuit lib. 12. conjest. cap. 19. & quod dicitur ad legem Papiam non pertinere, vel exempli causâ id docent interpretes, vel ut explicent legem non potest 5. ff. de legat. 2. cujus species ad leg. Julianam pertinet, & nos docuimus supra cap. 2. num. 3. Quomodo verò accipi oportet dict. l. ult. ff. de regul. Caton. vide quæ dicemus infra cap. 10. num. 4.

Ulterius notandum est, quòd quicquid circa legata statutum est per regulam Catonianam, intelligendum sit de legatis puris; nam ad conditionalia legata non extenditur ejus potestas: ratio est, quia in legatis conditionalibus non inspicitur tempus faciendi testamenti: eorum enim dies non cedit à morte testatoris, sed à die, quo impletur conditio: l. si post diem 5. §. 1. 2. & seqq. ff. quando dies leg. cedat. Unde cum in his inspicitur tempus, quo adimpletur conditio, ita ut etsi testator statim quod perficeret testamentum, decessisset; dies eorum adhuc non cederet: l. si ita scriptum 4. §. 1. ff. de legat. 2. legata 41. ff. de condit. & demonstrat. l. sed si 9. ult. & seqq. ff. ad S. Trebell. ideo legatarius ante conditionem agens, nihil agit, id est, actionem non consumit, quia adhuc actio nulla est, quæ consumi possit, & ita adveniente postea conditione, iterum agere poterit: l. novem 43. §. si sub conditione pen. ff. de acil. edict. Agid. Hort. in tit. ff. quando dies usufr. leg. cedat. in fin. Cujac. ad Papiam. in dict. l. 3. ff. de reg. Caton. & lib. 28. quest. Papiam. in l. posteaquam 5. ff. ut legator fideic. serv. caus. caveat. Anton. Fab. lib. 18. conjest. cap. 4. D. D. Martin. de Larreatequi qui lib. 7. selectar. jur. dispensat. cap. 3. num. 1. unde dicitur regulam Catonianam ad legata conditionalia non pertinere: l. cetera 41. §. tractari 2. in fin. ff. de legat. 1. Et ex hoc principio sumenda est explicatio ad text. in l. intercidit 59. ff. de cond. & demonstrat. de qua vide Anton. Fab. in jurispr. Papiam. tit. 1. princ. 3. illat. 1. & 2. & princ. 5. illat. 1. & text. in leg. ex factò 17. §. si quis rogatus 6. (de qua alibi agendum nobis erit) ff. ad S. C. Trebell.

Ex eodem fundamento; quod adoptavimus n. 2. interpretari debet text. in l. si fidei meæ 28. ff. de legat. 3. ubi fidei ejus, qui totum, quod ei legatum fuisset, capere non poterat, commissum fuit, ut illud legatum restitueret: quæritur de universo legato, in quo continetur etiam pars illa, quam capere non potest legatar us, eius residui percipiendi incapax: & responderet Consultus, universum legatum à legatario capi posse. Rationem dubitandi id faciebat, quod non potest fideicommissum valere in fideicommissario, qui prius legatum subsistat in legatario, neque in majori quantitate, quam ad legatarium pervenerit: Imperator. 70. in fin. ff. de legat. 2. l. facta 63. §. si Titius 12. l.

si heres 68. ff. ad S. C. Trebell. l. si cum ea 15. ff. de jur. Codicillar. l. 1. §. sciendum 6. ff. de legat. 3. l. si is qui l. ex factò 17. in princ. & §. non tantum 2. ff. ad S. C. Trebell. l. rogasti 11. §. si tibi 1. ff. de reb. credit. l. nam hoc 14. ff. de condit. indebit. pen. ff. de prescript. verbis. l. planè 94. in fin. l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum 3. ff. de legat. 1. l. cum pater 77. §. qui dotale 5. ff. de legat. 2. l. sed etsi 6. §. 1. in fin. l. nomen 34. §. uni 2. ff. de legat. 3. junctâ l. legatum 116. ff. de legat. 1. l. si tibi 17. ff. de pactis l. si sponsus 5. l. si quis rogatus 15. ff. de donat. inter virum & uxorem. l. pater 17. §. 1. ff. de pecul. castr. Anton. Fab. in jurispr. Papiam. tit. 6. princ. 7. illat. 5. & tit. 11. princ. 6. illat. 13. & 23. & de errorib. prag. dec. 1. error. 2. n. 10. Andr. Gail. lib. 2. observat. observ. 5. n. 4. & seq. Donel. lib. 8. comment. jur. civ. c. 7. in fin. sibi Osuvald. liter. A. & c. 8. liter. A. Joan. Daut. de testam. n. 375. Cujac. lib. 8. resp. Papiam. in l. cum pater 77. §. 1. & §. qui dotale 5. & §. mando 24. ubi est textus elegans ff. de legat. 2. Sed in dict. l. 28. illa pars, cujus capax non fuit legatarius, jure legati obtineri non potuit, neque ejus fieri, ut de hæreditate dicitur, quæ maximum omnium legatorum legatum est: l. si servus ejus 84. ff. de acquir. hered. & nihil interest, quòd fideicommissarius capax sit totius quantitatis legatæ, cum in legatario fuerit improbara a principio datio illius partis legatæ, cujus incapax fuerat tempore illo, quo datum fuit integrum legatum: ergo non potuit ex postfacto comprehendere in fideicommissio pars illa, quæ à principio in legato esse non potuit.

Ratio decidendi non in eo solo est, quod plerumque dici solet, illam partem, cujus incapax est, non capi à legatario: quia non capit, qui non ad retinendum sed ad restituendum recipit: l. aliud 71. ff. de P. S. text. elegans in l. si usufructus 9. ff. usufr. quemadmodum caveat. l. non videtur 51. de regul. jur. quam regulam & in hoc casu observari ait Consultus in l. cogi 16. §. hî qui 15. ff. ad S. C. Trebell. Donel. lib. 10. comment. jur. civil. cap. 14. & lib. 8. cap. 11. & quia novum non sit, ut quis propter alium possit, quod propter se ipsum non potest: l. cum hereditas 5. ff. de acquir. hered. l. is qui duos 29. ff. de liber. can. l. Aristo. 3. in fin. ff. quæ res pign. dari poss. cujus regulæ exemplum elegans stat, in l. acquissimum 5. §. si ex filio 2. ff. ad S. C. Terryll. & in l. quæ defuncto 4. ff. de legit. tutor. l. & post rem 7. §. l. idem 3. §. ult. ff. de usufr. accresc. l. 1. ff. de aut. tutor. Anton. Fab. in jurispr. Papiam. tit. 12. princ. 7. illat. 89. & tit. 24. fol. mibi 150. Agid. Hortens. in dict. §. 1. & in l. cum l. 20. ff. de transact. Sed præcipue ex eo quòd legatarius in dict. l. si fidei meæ 28. ff. de legat. 3. & in dict. l. cogi §. 1. & l. cum ei 42. l. Titio 5. §. 1. ff. de legat. 2. l. 1. C. de fideicommiss. erat de numero earum personarum, quæ totius quantitatis capaces non erant, veluti orbis qui si vit esset viginti quinque annis, si autem mulier vigesimo ætatis anno impleto, filios non fusciperat, non poterat capere nisi dimidiam partem hæreditatis, vel legati; sic constituta l. Julia & Papiam. Ulpian. in fragm. tit. 17. in princ. & tit. 22. §. latius 2. l. 1. C. de infirm. pæn. calib. & orbitat. & de decim. doctissimus D. D. Martin. de Larreatequi lib. 8. selectar. jur. disp. tit. 6. 4. num. 1. qui & rectè docet hoc modo intelligendum esse textum in l. si is qui 29. ff. de liberat. legat. (cui opponitur acriter text. in l. si sponsus 5. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxorem, de cujus conciliatione vide eundem Doctorem dict. num. 5. & seqq. quia solus ipse contrarietatem harum legum elegantissimè conciliavit Cujac. lib. 15. quest. Papiam. l. heres 11. ff. de his quib. ut indign. omnigenâ literarum sapientia summopere præditus D. D. Melchior. de Valentia de acquir. hered. cap. 4. num. 2. Et etiam intelligi possunt dicti textus de lege Julia & Papiam, quæ etiam statuit, ut vir & uxor etiam

contra iuris rigorem, vel quod controversum erat, persuasit. Sic in l. gratiam 17 ff. de prescript. verb. verbum cuius significat alteram de eodem uo. actio nem in dubium fuisse: vnde quae dicenda sunt infra lib. 3. c. 7. n. 8. Si q. sumitur verbum consilius. l. 1. c. 1. C. de dolo l. 1. C. in quib. caus. tutor. vel curator. habentis tutor. vel curat. duri possit. l. non adscripto 12. C. de ref. pendit. l. qui in aliena 8. C. si quis alteri vel sibi sub al. ter nom. vel alieni pecuni emerit. l. tutores 39. §. qui se 2. ff. de administrat. sic verbum melius in l. possor 11. §. 1. in fin. ff. qui potior in pign. habeant vide infra lib. 5. cap. 7. num. 9. Sic tuius in l. 1. §. questum 9. ff. quod lega. l. si pupillorum 7. §. 1. ff. de reb. cor. qui sub intel. vel cur. sunt Sic verba commodum in l. cum ita 9. §. 1. ff. de opt. legat. Iustus in l. si de iustor. 50. §. 1. ff. de iudic. rectius in l. equissimum 3. §. 1. in fin. ff. ad d. C. Tertius. & in §. si uxor 9. in fin. de nupt. Prudentius in l. haeres 33 ff. de negot. gest. Aequius in l. si mihi 59 in fin. ff. de lega. 2. ad quae facit text. in litem 14. §. aliquando 4. ff. quod mor. cau. l. si puellam 6. C. si mancipium ita fuerit alienatum: de quibus alibi fatus agam. Ratio est, quia in d. litem non disputatur, an debeat legatum: hoc enim per regulam Catonianam impeditur, sed quia à principio valuit: quia certum est legatum relictum incertae paterne de certis valere: §. incertis 27. vers. libertas in fin. de legat. Vlpian in fragm. tit. 24. §. incerta 18. Vix enim incerta videri potest, quae una de certis personis est: & si omnibus certis, ut pura cognatis, relinqui potest, quare non erit cognatus unus illorum, qui tempore testamenti cognatorum numero non est, si tempore mortis cognatus reperitur, cognatus ergo est, cui debetur legatum, & ideo eo modo relictum cognatis meis, civibus meis, collegis meis &c. valet: l. cum pater 77 §. libertis 27 ff. de leg. 2. l. 2. dist. l. si cognatis 19. §. 1. ff. de reb. dub. §. incerta 28. Donel. lib. 8. comment. iur. civil. cap. 6. Cujac. lib. 9. respons. Papin. in l. 2. de reb. dub. quia certa est quandoque demonstratio cognationis: ideo de legato à principio valido in his legibus disquiritur, cui debeatur: cuius persona sufficit, ut tempore mortis testatoris appareat. Ant. Fab. lib. 12. coniect. c. ult. in fin.

His obtare videtur dist. vers. libertas, ubi libertas data sic servum eis omnibus, vel urbana familia mea libertatem do, non subtraheretur: rationem reddit Vlpianus in his verbis: quia placebat nominatim servos liberari, quod eoultque pertinebat, ne postea testator sine ordine priorum, vel posteriorum manumittere. Ratio dubitandi ex eo nascitur, quod legatum libertatis certis legatis favorabilis sit: cuius intuitu passim jus suum suspenditur, sive mutatur: §. ult. in fin. de donat. l. generaliter 24. §. si quis servus 10. ff. de fideicommiss. libertatib. & plura exempla vide apud Anton. r. abram in Iurispr. pap. tit. 1. pr. 2. illat. 2. tit. 5. pr. 1. in pr. Cabot. lib. 2. disp. c. 21. Osvald. lib. 2. comm. c. 13. tit. E. Vnde apparet, quod si valebat legatum relictum libertatis meis, civibus meis, cognatis meis, ut supra asseruimus multo magis deberet valere legatum libertatis (datio libertatis in testamento an legatum sit; vide apud Pichardum de legat. l. 1. cap. 4. de ea enim disputatione parum curamus: & cum legatum libertatis dicimus, causa explicacionis sic loquimur (propter eius favorem sic relictum omnibus servis meis, urbana familia mea, &c. Sed ratio decidendi in eo consistit, quod specialiter cautum sit, ne nisi singulis servis nominatim daretur libertas, ita lege Julia Caninia imperante, Paulus lib. 4. sent. tit. ult. Vlpian. in fragm. tit. 1. §. ult. ex quoru nominatione aliquis ordo inspicitur postea prioritatis, & posterioritatis, ex quo notari queat, quis servus esset, cui ultra motum & numerum eiusdem leg. furie libertas daretur Vlpian. dist. tit. §. pen. data enim collectivè omnibus ser-

vis libertate rata esset libertas, quae competeret, cum non possit cognosci quis eorum ultra numerum legitimum (sic numerus legitimus dicitur: in l. si iudex 28. C. Theodos. de iudic. & apud Paul. lib. 4. sent. §. quoties) à leg. Furia statutum, nonnulli illi sit Cujac. lib. 1. in fin. tit. 2. §. nam si aliquis 3. & si d. specialiter captum non esset per dist. leg. Furiam, valeret libertas data servis meis omnibus: & quia ea lex fuit sublata per Imperatorem Justinianum tit. C. & in fin. de leg. Furie. Canin. tollend. l. unica §. sed est qui dominus C. de lat. libert. tollend. hodie talis datio libertatis debet, subsistere. Unde colligitur hæc superioribus non obstat.

Ex supradicto principio derivatur, quod heredes legatarii Paulus ait in l. debitor 82. §. servus 2. ff. de legat. 2. rem domino posse servo legari Jurisconsultum, valentem scripsisse: item id quod pure domino debetur (de hoc postea: cap. leg. num. 2.) ubi redditur ratio, quia ad constitutionem legati, cuius datio tota facta est, ante agnitionem, ut pluribus docuimus supra, cap. 3. numer. 7. & duob. superiorib. corpus servi, vel naturalis inspicitur, ut colligitur ex verbis illius, & ex his: ex illo igitur præcepto, quod diximus servi inspicitur personam in testamento, dicitur, ex servo hereditario legari posse. Unde fiebat, ut licet alia alieno posthumo legari non poterat, quia erat incerta persona, §. posthumo quoque 26. in fin. de legat. princ. in fin. de honor. possess. l. Gallus in princ. ff. de liber. & posthum. servus tamen alieni posthumo rectè poterat heres institui, quia civilem capacitatem accipiebat à posthumo, qui pro nato habebatur, dum de commodo eius agebatur: l. qui in utero 7. ff. de stat. homin. naturalis autem & certam personam à se ipso servus habet: D. D. Melchior de Valentia de acquir. hered. cap. 1. n. 19. Ex quibus etiam provenit, quod servo re dicitur legari possit, quia legatum semper sumit vires, ex persona servi; itaque ei obesse nequit regula Catoniana: & licet res servo tradita statim acquiratur domino, ut pluribus docuimus supra §. ex l. placet ff. de acquir. hered. & res domini per servum eidem domino iterum acquisita non majus dominium ei tribuat, quia unicus si res dominus bis esse non potest, l. & an eadem 14. §. actiones 2. in fin. ff. de except. rei judic. l. possideri 3. §. ex pluribus 4. ff. de acquir. poss. l. non ex pluribus 259. ff. de regul. iur. l. sequitur 4. §. lana 9. ff. de usufruct. §. si res aliena 6. §. sed si rem 10. in fin. de legat. §. si itaque deservit 14. in fin. de action. D. D. Martin. de Larreatqui lib. 8. sect. 1. iur. disputat. cap. 6. n. 6. Anton. Fab. de error. prag. dec. 2. rer. 1. num. 5. & Jurisp. Papin. tit. 11. princ. 8. illat. 11. Aegid. Hortens. in §. 2. in fin. de inutilib. stipulat. tamen rectum erit legatum rei domini, servo ejus relictum.

Ratio meo videri evidens in eo est, quod rem domini legari servo, idem est, quod rem alienam legari legatario: quod postremum fieri posse constat, ex §. non solum 4. in fin. de legat. dum res non sit propria legatarii: l. cum servus 139. ff. si Titius de legat. 1. l. proprias 13. C. de legat. prohibente id regula Catoniana: l. cetera 4. l. 1. de legat. 1. sed sit alterius tertii: tunc quando res aliena legatur, tenetur heres redimere, & postea jam factus dominus rei emptor §. cum autem 3. in fin. de empt. & vendit. illam legatario tradere: & si dominus rem vendere nolit, heres debet ejus estimationem præstare legatario: ita in servo, cui legatur res domini, observari debet: quia heres rem domini, si emerit, sit ejus dominus: & pecunia, quam tradit, reddit dominum eum qui ante rei dominus erat, qui utique dominum rei tradendo eum emptori transfudit, postea tradita illa res servo, statim dominium rei, quod jam erat emptoris per traditionem servo factum, (in quo diximus consistere legatum) acquiratur

quiritur domino jure dominice potestatis id quod pervenit ad servum jure legati: & si dominus involuerit vendere heredi rem legatam, debet tradere servo ejus estimationem pecuniariam, cuius pretii dominus nunquam fuit ille, cuius erat servus: quae quidem estimatio acquiritur domino servo, quia ejus estimacionis dominus nunquam fuerat. Ex quibus fit regula Catoniana hic non oblit, quia & iam si testator decessisset ipso tempore testamenti perfecti, sustineretur legatum hoc rei domini relictam & eis servo, itaque pro certo exinde habendum est, rem domini servo ejus legari posse, ipsi vero domino non posse: & sic (ni fallor) excellit sensus jurisconsulti Valerius, qui huicque sub nimio obscuritate latuit, apud Jurisconsultum Paulum in d. l. debitor 82. §. servus 2. ff. de legat. 2.

16 Obijcies ex tradita ratione fieri etiam posse, ut res legatarii, legatario ipsi legari possit; quia redimendo eam heres sit dominus ejus rei emptor quam postea si tradiderit pristino domino, à quo emit pristinum dominum non primum dominum sed novum quod jam heres emptoris fuit, nascitur: vel si nolit vendere rem legatam legatarius, estimationem ejus rei, cuius estimationis dominum nunquam legatarius habuit potest recipere: Quod tamen est expressè contra dist. §. sed si rem dist. l. cum servus §. si Titius dist. l. propria: ergo supradicta interpretatio magis exerceat, quam conciliat principia juris. Sed hanc difficultatem facile effugies ex verbis dist. l. debitor §. servo alieno. quem explicamus, ibi: ceterum ex persona servi consistit legatum: Quibus apparet supradictos textus loqui de ipso legatario, in quo legatum, & acquisitio legati utrumque consistit: tunc enim verum est, rem propriam pure nemini legari posse, propter illam rationem quod antequam dies legati cederet, & quando dies ejus cedit, res legata jam ipsius legatarii est; quæ amplius ex causa legati, quemadmodum neque ulla ex alia ejus fieri non potest, ut supra diximus. Nos vero ita statuimus de diversis personis, in quorum una legatum consistit: ut puta in servo, & in altera acquisitio legati, scilicet in domino: & certum est, legatum illud nunquam fuisse servi, cuius verus legatarius fuit. Vnde etiam non obstat dicere secundum dubitationem superiorem idè statui posse, quando domino herede instituto, legatur ejus servo: hoc enim à superioribus toto caelo differt, nam tunc à se ipso rem emere heres non potest; ita ut tradat rem legatam servo suo: quod diversum est, quando res legatarii, ejus servo legatur. Ex quibus firma manet Valerius sententia asserentis, servo alieno posse rem domini legari. Cæterum ad vers. calumniam d. §. servo alieno 113. ff. de legat. 1. (quos enumerant interpretes inter alios plures, quorum nullam posse reperit concordiam, nisi ex prioritatis, & posterioritatis temporum Jurisconsultorum observantia) legitimum intellectum asserit Osvald. lib. 8. comment. cap. 7. liter. A. Vltorius ad verba illa textus, id demum servo alieno legari posse videndus est Cujacius lib. 16. qua. l. Papin. in l. & si maxime 5. ff. de servis legat. & lib. 27. qua. est. Papin. in l. cum servus 34. ff. mandati Aegid. Hortens. in §. item is ad quem 4. in fin. de usu & habitate

17 Ex eodem principio pendet explicatio textus dist. l. Titius à me rem emisset, & antequam ei traderem, eandem rem mihi legasset, & mox ei tradidisset (verbum mox in hoc textu idem est, quod paulo post, vel postea: nihil enim interest post quod temporis spatium traditio subsequuta fuerit, dum eam legati datio præcesserit mox significat aliquando continuum tempus, ut in l. si fructuaris 13. ff. quib. mod. usufruct. amittat. l. D. Hieron. Oroz de Apicib. Jur. Civ.

qui levanda 8. ff. ad l. Rhodiam de iactu. l. si quis heres 35. l. sed & parus 12. §. 1. ff. quod met. cau. l. si quis duo 62. ff. de solut. potest etiam non continuum tempus significare, ut in nostro textu Sed post longum tempus, veluti post annum: l. cum quidam 17. ff. de usufr. l. tenuis 3. §. 1. ff. de minar. etiam interpretatur de intervallo non minori decem dierum: l. ad peremptoriam 68. C. de l. seq. de iudic. etiam abique præfixione temporis sumitur verbum, mox in l. si quis 23. ff. de captiv. & postlim. revers. Etiam explicatur pro multo post, in l. litigatores 11. cum l. item 17. & l. qualem 19. §. vult de recept. arbit. l. 2. ff. ad d. C. Kalleian Denique significat non certum tempus sed infinitum: solum id præfixe est, omnia in integro, an in eadem causa esse heres 25. §. idem scribit. 8. ff. famul. cret. l. 1. de condit. cau. dat. cau. non sequit. l. 2. in princ. & §. 1. ff. de dot. præleg. l. si quis 6. ff. de conjungend. cum emancipat. lib. 2. l. 1. l. cret. §. sed. & si ff. de reb. credit. l. nam postea 9. §. sed & si ff. de jur. iur. l. 1. ff. qui priores in pign. habeant. l. 1. §. si ve autem: 14. ff. de vi armata. l. si quis 7 in princ. & §. 1. l. si maior 11. §. 1. & §. 1. l. si quis 24. ff. de except. rei judic. l. servum 27. de pignor. l. si nexali 11. §. idem rectè 5. ff. de pecul. l. si fuerit 10. ff. de reb. dub. l. à Divo Pio 19. §. in venditione 2. ff. de re judic. l. 1. §. si quis 16. ff. de ventre in possess. mittendo l. in Carbanianum 3. §. pubert. 3. ff. de Carban. edit. l. quod autem §. 1. de donat. inter. vir. & uxor. l. arboribus 12. §. Julianus 5. ff. de usufruct. l. idem 9. l. in fraudem 15. §. 1. ff. de testam. mitti l. 1. §. 1. ff. de V. O. l. pen. ff. de her. ed. pen. l. per servum 14. §. ult. ff. de usu & habitate. l. qui dicitur 32. ff. de civit. l. verum 11. l. idem non rectè 4. ff. de minorib. l. Lucius Titius 27. ff. de postu. l. si vero 8. ff. de bonis l. heritor. l. si pupilla 6. §. idem ait 10. ff. de negot. gest. l. 2. in princ. & §. defertur 4. ff. de honor. poss. secund. tabul. l. si adrogator 22. ff. de adopt. & alii innumeri Consultorum loci) quia occasione verbi mox nimis longam digressionem fecimus, proponemus speciem dist. l. cum servus §. si Titius à me in num. seq.

Vlpianus ut dicebam (ait, quod si Titius à me rem emisset, & antequam ei traderem, eandem rem mihi legasset. & mox ei eam tradidisset, & pretium emptio nis mihi etiam traditum fuisset; quæritur, an valeat legatum hoc; Ratio dubitandi proficiscitur ex illis verbis textus, Videtur quidem in prima parte rem meam mihi legasse, & ideo legatum non consistere §. sed si rem legatum 10. §. si res aliena 6. in fin. de legat. de quo scripsimus supra hoc. c. n. 14. Videamus prius de vi hujus rationis dubitandi, ut postea lucidior sit ejus decidendi ratio. Antequam res tradatur emptori venditoris permanet adhuc dominium illius rei venditæ: §. cum autem 3. in fin. de empt. & vendit. l. si ager 50. ibi antequam traditus sit ff. de rei vindic. l. Quintus Mutius 40. ff. de act. empt. l. cum qui 14. ff. de furr. l. traditionibus 20. C. de pact. l. servum 27. ff. de rei vindic. l. qui tibi 3. C. de his, qui à non domino manumissi sunt. l. quod sape 35. §. si rei vendita 4. ff. de empt. & vend. Cujac. lib. 3. qua. l. Pin. l. si vendidero 80. ff. de furt. & in l. si culpa 63. ff. de rei vend. Ant. Fab. in rational. ad d. leg. si ager 50. Donel. lib. 4. comment. iur. civ. c. 17. & 19. ibi Osvald. liter. C. & seqq. D. D. Martin de Larreatqui lib. 4. sect. 1. iur. disputat. c. 6. n. 6. Qua ratione emptio nem perficere dicitur non quando conventio inter contrahentes intervenit, sed tunc quando rei traditio subsequitur: in l. Titius 8. ff. de res. vendit. sicut de pretii traditione dicitur, in l. domus 57. ff. de contrahend. empt. l. procuratoris 5. §. sed si dedi 18. ff. de tributor. act. §. vendite 42. in fin. de rer. divis. & §. superiori. Itaque quia causam domini sequantur utilitas & incommoda, nemo tenetur præstare domino fortuitos casus: l. contrahitur 23. in fin. ff. de regul. iur. & quique debitor liberatur, sed id, quod debet, D

deberet, perierit; antequam per eum steterit quominus daret: si ex legati causa 2. l. si servum 9. ff. de P. O. l. si mihi alienum 9. ff. de solut. Ex quibus videbatur, inutile esse supradictum legatum, quia venditio licet iusta causa sit transferendi dominii: l. neque ullam 13. §. 1. ff. de hered. petit. tot. iur. ff. pro empti. non solum 33. ff. de usucap. princ. insit. dict. tit. l. cum res 4. C. de contrab. empti. non tamen per se sine traditione transfert dominium, ut probavimus: ergo res hæc legata legatarii propria erat, quando legabatur: quare illud legatum subsistere non potuit; neque interest, quod postea quam legavit, illa res testatoris facta fuerit quia regula Catoniana, quæ à principio improbat legata, quæ subsistere non possent, si statim testator deceisset, ex postfacto convalescere non sinit; & ita rem legatarii inter cætera legata inutilia à principio improbat: §. sed si rem insit de legat. & supra n. 14. & seq.

19 Ratio decidendi à jurisconsulto tradita in d. §. h. verbis: sed exemplo actione liberatus nique per legatum rem vindicare potero, quam tradidi, licet superiori dubitationem omnino dissolvat, ipsa tamen explicata difficillima: & ideo forsitan dixit jurisconsultus ibi: prima facie, ut dicitur etiam in l. unico §. ubi autem 11. in verò omnes C. de caduc. tollend. de quo vide infra c. 11. n. 37. idem loquendi modus reperitur, in l. quingentu 12. ibi: prima fronte agnus videtur ff. de probat. & in textu in cap. apostolica 9. extr. de donat. vers. nan & si prima facie cap. ult. de probation. ibi cum prima facie presumatur idoneus, l. heres 57 §. 1. ff. ad. S. C. Trebell. ibi: nepis quidem prima facie, & sub ita enim facie primâ abscondita est altera quæ si perfecte apparuerit conspectui pulcherrima videbitur. Illa enim secundum corticem intellecta non dat rationem à priori, sed à posteriori, id est ab effectu; quæ satisfacere præcedenti difficultati nequit: quia si legatum à principio non valuit, quasi legatum rei propriæ, parum juvat quod legatarius per traditionem rei liberatus postea sit ab actione ex emptio: hoc enim non tollit, quod quando legatum relicto fuerit, non fuisset res legata propria legatarii: quod unum sufficit, ut ab initio legatum improbatum per regulam Catonianam, non possit unquam ex postfacto rescitari; etiam si ad eum casum perveniat, à quo incipere rectè possit: ergo aliud cogitanda est mens Jurisconsulti reiectis in ea re interpretationibus Antonii & Gothofredi.

20 Accipe breviter conjecturam nostram. In contractibus, qui consensu fiunt qualis est emptio, & venditio, locatio, & conductio, societas, mandatum, & obligationem pariunt ab ipso contrahentium consensu solo, antequam res tradatur, vel stipulatio, vel literæ subsequuntur fuerint Iustin. tit. insit. de oblig. & conf. princ. insit. de empt. & vendit. l. consensus 2. l. obligamur 52. in princ. & §. consentientes 4. ff. de obligat. & act. quandoquomque postea subsequatur rei traditio, retrahitur contractus & hæc ultima ejus perfectio, quæ ex traditione rei pervenit, ac tempus ipsum, in quo contractus celebratus fuit, & consensus contrahentium intervenit; & retro creditur omnia ista, quæ conventionem subsequuntur, à principio intervenisse l. potior 11. §. 1. ff. qui potior. in pign. habeant. l. neque emptio 8. de contrab. empti. l. necessaria 8. ff. de pericul. & commod. rei vend. is qui 1. §. & postea quam 8. & seq. ff. quod vi ant. clam. l. cum emancipatis 2. ff. de collat. bon. ita ut pro uno computentur tempus emptiois, & traditionis: l. existimans per. ff. de r. s. cap. l. pro mprore 2. ff. pro empti. l. sed & si 7. §. per & ult. ff. de Public. in rem dit. l. si solutu. vus 19. vers. his conseqens ff. de solut. l. ubi autem 4. §. sed & Marcellus 3. ff. de in diem adjelt. Ratio est, quia

in contractibus, in quibus totum negotium à consensu pendet, sive illic verbis expressus fuerit inter presentes, ut in stipulatione: sive inter absentes verbis, vel inter presentes sine verbis; dum tamen de consensu non dubitetur l. si stipulatur 36. §. 1. de P. O. semper expectamus principium contractus, & observamus illud tempus quo contrahentes convenerunt: l. filius familias 78. ff. de P. O. l. usus fructus 26. ff. de stipulatur. servor. de quo vide supra cap. 5. n. 9. Ideo ait Consultus in nostro §. rei venditæ traditione sequuta venditorem liberari ab actione ex emptio: quia postquam traditio rei venditæ sequuta fuit, omnia decernuntur à principio; ac si illa traditio tunc intervenisset: nihil ergo mirum est ut regula Catoniana non improbet hoc legatum; cum antequam legaretur, præsupponatur media retrotractione traditionem in initio contractus fuisse sequutam: quæ quodcumque facta fuerit, non possit non retrahi ad principium contractus, cujus ultima perfectio pendebat à traditione: ut ex l. Si Titius 8. ff. de reso. vendit. docuimus supra num. 18.

Aliud statuendum esse mihi videretur, si intervenisset alius contractus eorum, qui re perficitur, antequam legaretur: veluti si conveniretur de mutuo, deposito, pignore, &c. nam tunc si legaretur res de qua mutuanda convenit inter contrahentes, & postea traditio mutui subsequatur, non valeret legatum; quia illud improbatum per regulam Catonianam, quæ rem propriam legatarii legari non permittit. Ratio est, quia in his contractibus qui, re perficiuntur, frustra consensus, seu conventio præcesserit: ex quo nulla sequitur obligatio, donec res ipsa tradatur vel stipulatio sequatur. Et cum obligationis quæ re contrahitur, non aliud repetatur initium, quam ad ipsam traditionem; quamvis stipulatio, vel conventio de mutuo, pignore, deposito, &c. præcesserit: quia stipulatio hæc non valet per se, sed ex re ipsa pendet: l. si quis patrem 3. §. ult. & l. seq. ff. ad S. C. Macedon. l. quidem 132. §. 1. ff. de P. O. l. si debitori 47. §. 1. ff. de fideiussor. l. Titius 4. ff. quæ res pign. dari poss. l. qui baluenum 9. §. sed & si heres ff. qui potior. in pign. habeant. l. qui pecuniam 30. ff. de reb. credit. l. pater 26. §. 1. ff. de ratam rem haberi. Vnde aliquando in publicis concertationibus subliniunt hanc propositionem: nullum neque intrinsecum, neque extrinsecum requiritur consensus ad formandam naturam contractuum, qui re perficiuntur. in quibus ultra traditionem rei nihil aliud requiritur de qua alibi fusiùs à nobis agendum est.) Vnde fit, quod cum in contractibus, qui re perficiuntur, traditio rei non possit retrahi ad tempus conventionis necessariò contingit, ut res prius inveniantur legata, antequam testatoris faciat; & ideo reprobanda foret per regulam Catonianam. Et sic rectè explicatus manet, dict. l. cum ervus 39. §. si Titius à me ff. de legat. 1.

Et eadem decidendi ratione, quam attulimus ad dict. leg. cum servus §. si Titius à me ff. de legat. 1. deducitur à contrario explicatio ad text. in lege non quocumque 82. §. 1. ff. de legat. ubi proponitur, quod si res ejus, qui reipublicæ causa abiens erat, à Titio usucapta sit; & ea antequam evincatur, legata sit usucipienti, posse legatarium actione ex testamento competere, si res illa post legatum relicto evincatur. Et ne difficultas ejus percipiatur, notari oportet: his, qui reipublicæ causa abfunt, dari integram restitutionem ex omnibus læsionibus quæ eis contingunt durante hoc tempore iustæ absentie, nec cuiquam officium publicum damno sit: l. nec non 28. §. 1. seq. ff. ex quib. caus. major. l. si servus 61. §. quod vero 5. ff. de furti. si pignora. 50. ff. de evict. D. D. Mart. de Larreatequi lib. 4. select. jur. disput. c. 6. n. 6. Cujac. lib. 28. q. Papin. in l. si

cum venditor 66. §. 1. ff. de evict. Anton Fab. in jurispr. Papin. tit. 9. princ. 1. illat 12. in fin. tit. 12. princ. 6. illat 9. & princ. 8. illat 19. Et ex eo rei publicæ causa absentium domum, & familiam virorum illustrium fidei, tutelæque solabant committere: ut ex Cassiodoro lib. 10. & aliis docet Osuvald. lib. 21. comment. Donel. cap. 5. liter. G. Et hoc est, quod ait in hac lege Consultus, & antequam evincatur, de quo vide Donel. & Osuvald. dict. loc. Proinde si postea evicta fuerit res hæc usucapta: l. ab hereditate 15. §. ultim ff. eod. tit. vel ab ipso testatore, antequam moriatur, vel ab hærede ejus post mortem testatoris, competit legatario actio ex testamentato. Rationem dubitandi supradicta faciunt: scilicet, quod rem legatarii legari non possit (vide quæ obstant infra hoc cap. num. 15.) & ideo à principio improbatum esse videbatur hoc legatum per regulam Catonianam. Sed ratio decidendi ex eo deducitur, quod non videatur, rem ejus esse, à quo invento possit auferri: l. non videtur 51. ff. de regul. jur. l. aliud 71. ff. de P. O. l. si usus fructus 5. ff. de usufruct. quemadmodum caveat. Donel. lib. 10. comment. jur. civil. cap. 14. & lib. 19. cap. 4. Anton Fab. in jurispr. Papin. tit. 24. princ. 1. illat 10. sol. 115. o. ideo quia virtute edicti propolii à prætoribus in l. 1. ff. ex quib. caus. maj. possit ab usucaptore res usucapta evinci; non creditur, usucipientis fuisse perfectè dominium acquisitum: quia nemo videtur id habere, quod ei alio quo casu iuste auferri possit: l. si servus 21. §. & ideo 2. in fin. ff. de evict. Anton. Fab. in jurispr. tit. 5. princ. 2. illat 3. Donel. lib. 8. comment. jur. civil. cap. 11. ubi enumerat alias causas, propter quas legatum valet respectu illius, quod legatario deficit, quia non videtur res perfectè adhuc ejus esse; quarum videri possunt exempla: in l. si domus 71 §. pen. ff. de legat. 1. ibi: Quamvis fundus veltigialis municipium sit; attamen quis aliquid jus in eo sit, qui legavit, & habet, valere legatum: l. si tibi 86. in princ. & §. ultim. l. cum filius 76. §. 2. ff. de legat. 2. Osuvald. dict. loc. liter. N. Vals. de suc. progres. lib. 3. §. 27. num. 36 & seq. Bultei. in dict. §. sed si rem insit de legat.

23 Huic tamen interpretationi valde obstat tex. in l. cum pater 77. §. evictis 8. ff. de legat. 2. ubi statuit, quod si pater prædia, quorum dominum se esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquerit, & postea à vero domino illa prædia evicta fuerint; nullam fideicommissario contra patrem competere actionem: ergo multò minus postquam evicta fuerit res usu capta, competet actio in dict. §. 1. contra heredem. Augetur difficultas, quod & si quis errore lapsus credens esse suam rem alienam, conjunctis personis reliquerit, legatarii petitio sit: l. cum alienam 10. vers. nisi. Cod. de legat. l. Iulius Paulus 81. ff. de condit. & demonstrat. l. penultim. ff. de legat. præstand. & quæ diximus supra hoc cap. num. 11. & 12. quia manifesta est affectio defuncti circa filium, cui tam arctissimo necessitudinis vinculo conjungitur: & hoc non obstante evictis à filio prædiis nulla ei superest contra fratres cohæredes petitio prædiorum, seu estimationis eorum: ergo multò minus danda erit usucaptori actio, in dict. §. 1. cum ei testator, nullo necessitudinis nexu dicatur conjunctus esse: in quo Accursium errasse miserè credo, dum dict. §. 1. intellexit de legato relicto personis conjunctis, ut non obiter dict. §. evictis Hæc tamen restrictio nimis arcta est universali decisioni §.

Ideo Accursij sensum omittemo respondemus, unumquemque textum dissimilem habere speciem; & decisionem: quia, in §. evictis, agitur de prædiis fideicommissi filio, & per fideicommissarium ei traditis: D. Hieron. Oroz de Apicib. Jur. Civ.

si enim tradita adhuc non essent, & evincerentur, daretur ei actio ad id, quod interest prædia evicta non esse à veris cohæredes: itaque quia postquam ea susceptivis, evicta sunt prædia, deficit illa actio; & ratio est, quia hæredes legatarii: vel fideicommissarii; quibus res verita relicta est, de evictione ipsi tenentur: l. si substituta 43. §. ultim. ff. de legat. 2. ff. de legat. 1. l. si substituta 43. §. ultim. ff. de legat. 1. sicut neque alius quilibet donator: l. si substituta 18 §. ult. ff. de evictis Paul. lib. 5. sententiarum sententiarum: ex quibus nascitur etiam ad legatarii ratio, quia est donatio facta testamento relicta D. D. Martini de Larreatequi lib. 5. select. jur. eto l. disputat. cap. 6. n. 5. ubi ait nihil testatorem exercere in legatario nisi munificentiam; & liberalitatem §. 1. insit. de legat. Donel. lib. 11. comment. jur. civil. c. 12. Agid. Hortens. princ. insit. de donat. sic intelligi debet d. §. evictis: cum enim ibi de actio ne evictionis loquatur, nihil mirum est non dari contra fratres, cohæredes: Neque his contrarius est d. §. 1. ibi enim non dicitur legatario rei certæ certivæ corporis hæredem teneri evictione; sed quod Consultus affirmat est quod si legatario legatur res, quam tenet ex una causa lucrativa, & non ex causa legati: quamvis illam tenet ex alia causa lucrativa, non esse legati petitionem: quia regulariter verum est, duas causas lucrativas in eodem homine, & circa eandem rem concurrere non posse; §. si res aliena 6. insit. de legat. sed si res illa, quam tenet ex alia causa lucrativa ei evincatur: tunc incipit legatio esse petitionem ex testamento finita causa lucrativa. Et ideo rectè Consultus dicit: ex testamento petam, ut intelligatur esse ibi actionem legati ex testamento; non vero actionem evictionis. Hæc sumptus à doctissimo Jacobo Cujacio lib. 8. respons. Papin. in l. cum pater 77. dict. §. evictis ff. de legat. 2.

His, quæ diximus supra num. 22. in fin. ex diametro obstat textus, in l. Mævius 66. §. fundo 6. ff. de legat. 2. ibi: Sin autem res mea legatur mihi, legatum propter istas causas non valebit. Cujac. lib. 37. quest. Papin. in dict. §. fundo pro propter reponit præter, & idem facit lib. 5. ad African. in l. si contra tabulas 35. ff. de vulg. & pupillar. substitui. cujus verbi præsupposita emendatione sic illa verba legit: præter istas causas non valebit: eadem emendatio placuit Donello lib. 8. comment. jur. civ. c. 11. Osuvald. vero ibid. liter. O. Florentinam lectionem sine emendatione substat dicendo hunc sensum illorum verborum esse posse, propter istas causas non valebit, id est, non licet ex superioribus argumentum deducere, ut qua istis casibus legatum subsistat, ita & rei meæ legatum valeat: quæ interpretatio non male defendi poterit. Videamus tamen si alias valeat afferri, qua substat integræ textus scriptura: illa mihi videtur posse esse, quod in legatis voluntas testatoris attendenda sit: l. Labeo 7. §. Servius 2. ff. de supelleit. legat. neque facile credi debet, testatorem legare voluisse plusquam legatis verbis comprehendisset: l. si mihi 12. §. 2. in fin. ff. de legat. 1. l. ex factis 35. §. verum 3. ff. de hered. insit. ibi. Rerum autem Italicarum, vel provincialium significacione qua res accipienda sint, videndum est; & facit quidem totum voluntas testatoris: nam quid senserit spectandum est, ita in l. prædia 91. §. 1. & 2. ff. de legat. 3. l. liberorum 41. §. quid, tamen 4. ff. de legat. 3. Cujac. lib. 7. respons. Papin. in l. pater 10. ff. de condit. & demonstrat. & lib. 7. respons. in dict. l. prædia 91. §. 1. ff. de legat. 3. & lib. 9. quest. Papin. in l. deducta 58. §. penultim. ff. ad Trebel. Donel. lib. 8. comment. jur. civil. cap. 4. Osuvald. ibi liter. A. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 12. princ. illat 38. in rational. ad leg. 2. §. 1. ff. de cond. indeb. & de error. pragmat. dec. 37. error. 8. Ioan. Daut. de testam. num. 119. de qua voluntate nonnulla diximus supra cap. 2. num. 6. Ideo si voluntas

voluntas testatoris fuit, ut non auferatur usufructus usufructuario, sed ut nuda proprietas daretur legato tunc legatum rei meæ, cujus usufructus alienus erat, relictum mihi non subsistat, quia mea propria legatarii non potest legari; & de hoc genere voluntatis intelligenda sunt verba illa, quæ ex *dist. 5. funde supra* retulimus. Quæ sic percepta sine verbi propter mutatione rectè subsistunt hoc sensu: propter istas causas, quia testator voluit, usufructum non redimi, sed nudam proprietatem legatario dari; legatum rei meæ mihi relictum non valet.

26 Ex eodem principio procedit interpretatio §. incertis juncto §. sed neque huiusmodi *Instit. de legat.* quibus cavetur hodie posse legatum & fideicommissum relinqui personis incertis, Quæ sententia probatur ex verbis dicti §. *incertis* ibi: Neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat; quæ verba ineptissima essent, si idem quoque hodie observaretur. Probatur etiam ex dicto §. sed neque huiusmodi ibi: Sine iusta emendatione relicta: & ex §. tutor *dist. tit. ubi dicitur* tutorem neque per novam constitutionem dari posse personam incertam. Vnde constat Iustinianum correxisse jus antiquum quoad legata, cum specialiter contrarium notaverit quoad tutelam; quod ita post Bartolum & Socinum in *leg. quidam 5. D. de reb. dub. tenet. Donel. lib. 6. comment. cap. 17. & lib. 8. cap. 6.* & idem credunt illos §. intelligendos quando personæ possunt certificari. Hæc tamen Iustiniani iura aliter intelligit Osuvald. ad *Donel. dist. cap. 17. lit. X.* affirmans credi non debere correctionem juris antiqui in dictis §. cum ea expressa non sit: Quare etiam hodie certum esse personis incertis legari non posse, quando incertitudo est circa personam, veluti qui primus ad fundum venerit, qui filiam meam in uxorem duxerit. Si verò incertitudo circa accidentia personæ cadat, veluti si illi quem facie non noverat testator, attamen famâ, virtute, consanguinitate notus sit, legaverit; tunc enim legatum validum est, Anton. *Mathear. in notis ad §. ultim. Instit. de heredib. instit.* qui quidem §. ultim. probat sententiam Osuvaldi, cum ibi de institutione ignoti expressè egerit. Neque obstat textus in *leg. si quis 14. D. de reb. dub.* ubi legatum relictum ei, qui primò testamentum signaverit, valet: cum incertum sit quis primus signaverit; nam ibi testes quibus legatur, rogatu ipso & adhibitione certi sunt, ut tradit *Donel. ad dist. leg. 5. D. de reb. dub. Sermiento lib. 2. selectar. cap. 5. num. 3. Forner. lib. 3. rer. quotid. cap. 13. Osuvald. lib. 8. comment. Donel. cap. 6. lit. B. junctis quæ tradit lib. 6. cap. 7. lit. O.*

27 Non possum tamen huic interpretationi Osuvald assentiri, ex eo quod non potuit unquam esse persona incerta illa, quam facit non viderit testator, dum tamen per alias causas, & modos de ea certus fuerit; nam ut ipse ait *dist. lib. 7. cap. 11. lit. H.* illæ tantum dicuntur incertæ personæ, quæ neque nomine, neque alia demonstratione cognoscuntur quæ sint: ergo qui indubitabili demonstratione cognitus testatori sit, & si eum nunquam viderit testator, erit persona certa: *leg. quoties 9. §. si quis D. de heredib. instit. leg. extraneum 11. C. cod. tit.* Et idem admittit sententiam Donelli dicentis Imperatorem Iustinianum novum jus in dictis §. statuisse: innovatio verò in quo consistat, ipse non penetravit, quam novâ cogitatione evidenter ostendam. Hæc fuit olim differentia inter legata relicta incertæ personæ, & inter fideicommissa relicta incertæ personæ; quod in legatis si tempore quo in testamento

relinquebantur, erat incerta persona qui debebantur, inutilia erant, etiam si certa fieret persona illa tempore mortis testatoris, vel quando dies legatorum cesserit. Nam cum regula Catoniana improbaret legata, quæ non valerent si statim quo periclitur scriptura testamenti, decessisset testator; & nunquam sinat illa valere ex eo, quod diutius vixerit *leg. 1. & 101. tit. ff. de reg. Caton. §. an seruo 32. Lujit. de legat. leg. si opinio 13. ff. de option. legat. l. si domino 99. ff. de legat. 1. ff. de cond. & demonstr. leg. cum legato 17. ff. quando dies leg. cedat. Cujac. lib. 5. quæst. Papin in leg. 3. ff. de reg. Caton.* Inde est quòd legata relicta incertis personis nunquam subsistunt, etiam si postea persona certa reddatur. In fideicommissis verò cum ad ea non pertineret dicta regula Catoniana, ex eo quòd de his non est datio, sed rogatio: *leg. etiam 135. ff. de legat. 1. leg. libertates 16. ff. de fideicom. libertatib.* etiam si tempore quo relinquebantur, esset persona incerta, non erant inutilia fideicommissa si persona redderetur certa tempore mortis testatoris, vel quando dies fideicommissi cesserit: *leg. pen. ff. de legat. 1. leg. generaliter. 24. §. si homini 3. & seqq. ff. de fideicom. liberati 3. leg. quidam relegatus 5. ff. de reb. dub.*

Quomodo ergo si superior differentia vera est, 18 Iustinianus tam graviter erraverit ignorantem juris antiqui, ut idem jus antiquum observatum fuisse affirmet tam in legatis, quam in fideicommissis, quando relinquebantur incertis personis. Audi ejus verba: *Incertis vero presentis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat*, quibus parenter ostendit nullam differentiam observatam fuisse olim in dando legato, ac in relinquendo fideicommissum personæ incertæ. Quicumque voluerit hanc falsiatis calumniam objicere Iustiniano, non levi ratione ad id movebitur: benignius tamen aget, si honorem Iustiniani dixerit, illam æqualitatem restringendam esse ad eum casum, quo non solum tempore faciendi testamenti incerta fuerit fideicommissarii persona, sed etiam neque ante mortem testatoris, vel cessionem dici fideicommissorum ad liquidum perducatur: *leg. Paulus 4. ff. de reb. dub.* Et ex his cognoscitur in quo postea Iustinianus jus vetus suâ constitutione innovaverit, ut superiori num. cum Donello statimus; in eo nempe quòd sicut olim certificari poterat persona fideicommissarii ante mortem testatoris, vel ante cessionem dici fideicommissorum ei relictorum, & tunc valebat fideicommissum relictum incertæ personæ; sic etiam hodie certificari poterit persona legatarii ante mortem testatoris, vel antequam dies legati cederet: & tunc valebit legatum, relictum personis incertis, sicut olim valebat fideicommissum relictum incertis personis, ita ut de fideicommissis nihil immutatum fuerit, sed de legatis, cum istis illud jus, quod in illis antea obtinuerat, sua constitutione noviter applicaverit. Quæ interpretatio ad *dist. §. incertis*, valde observanda est ad sedandos varios, & inanes Interpretum sensus, qui in interpretando *dist.* parum felices extiterunt.

Omnia quæ supra diximus, pertinent ad legata pura, quorum dies cedit à morte testatoris: nam de legatis conditionalibus diversimodè statuendum est; ad ea enim legata non pertinet regula Catoniana: cujus rei rationem dedimus supra hoc c. n. 3. quia in his tempus conditionis magis spectatur quam tempus testamenti: *leg. mea res 98. ff. de cond. & demonstr. l. cetera 41 §. tractari 2. ff. de legat. 1.* quod apud omnes sine

sine controversia est. Uterius regula Catoniana non pertinet ad alia legata, licet non sint conditionalia, quorum dies cedit post aditam hæreditatem, ut de usufructu dicitur, in *leg. 1. & 2. Digestis quando dies legat. cedat.* Ad quod principium ut referre possit textum in *l. si opinio 13. l. si Pamphilo 10. l. si Eros 11. ff. de option. legat. l. si domino 99. ff. de legat. 1.* vide eos pulchrè explicantem D. D. Martinum de Latreatequi *lib. 5. selectar. jur. disput. cap. 7. D. D. Melchiorum de Valentia de acquir. hered. cap. 3. num. 12. & Valduinum de regul. Caton. fol. 379.* Ab hac tamen regula excipiendum est legatum libertatis, ad quod pertinet regula Catoniana ut abundè docemus infra hoc *lib. cap. 10.*

CAPUT VIII.

An legatum debiti puri, quod creditori legatur; per regulam Catonianam irritetur?

SUMMARIUM.

- In hac questione referuntur verba Iustiniani. Sententia ferè omnium interpretum, legatum debiti puri non valet.
- Autoris sententia est tale legatum, in quo nullum interversurium est, valere l. 2. §. ult. ff. de legat. 1. neque per regulam Catonianam irritari, & num. 4. Servo creditoris legari potest quod creditori pure debetur, & quare. Omne quod domino potest legari, potest etiam legari ejus servo.
- Amplius quam semel res mea esse non potest, sepius tamen mihi deberi potest. Legatum debiti puri, nisi sit sine interversurium, semper est cum utilitate. Quod mihi debetur ex una causa; idem mihi ex alia deberi potest. Quod sit fundamentum questionis, an due causa lucrative ac eadem re in una persona concurrere possint. Adducitur ad hanc rem §. si res aliena vers. hac ratione instit. de legat.
- Interversurium legari, & utilitas legati differunt. Quid sit interversurium legati, & unde proveniat educitur, & num. 11. Quid sit utilitas legati, ut unde dimanet, ostenditur.
- Legatum debiti puri ut valeat, per Falcidiam minui non debet. Legatum debiti puri etsi minuat per Falcidiam, validum est; & num. 4. Quod minuitur de legato debiti puri per Falcidiam, pristina actione recuperatur. Electa actione legati non extinguuntur pristina actio, & quare? Plures actiones provenientes ab una causa, electa una cetera extinguuntur. Actiones provenientes ex diversis causis æquè principalibus electione unius cetera non extinguuntur.
- Explicantur textus in §. 14. instit. de legat. l. 109. & 108. §. 4. ff. de legat. 1. l. 11. ff. de libe-

- rat. legat. l. 1. §. 20. ff. ad leg. Falcid. & similes, quæ dicunt hoc legatum inutile esse.
- Diversa sunt inutile esse legatum, & nullum esse legatum. Quid significet utilis actio in l. 2. ff. de æstimat. action. & in l. 38. §. 21. ff. de verb. obligat.
- Utilitatis nomine plerumque non venit utilis actio, sed id, quod interest. Exempla aliqua referuntur.
- Legatum debiti puri eandem & tantam utilitatem præstat quam pristina obligatio. Quæ sit utilitas utriusque à principio, ostenditur.
- Institutio hæredis à principio rectè facta irritatur ex postfacto, si non adatur hæreditas.
- Contra nostram sententiam forma Syllogistica arguitur, & dissolvuntur argumenta. Legatum debiti puri non necessarid relinqui rectè dicitur, in l. verbis 5. ff. ad leg. Falcid.
- Aliud genus arguendi contra sententiam nostram adducitur & dissolvitur. Pessimus arguendi est ab exitu cause ad ipsam causam.
- Commoditas futura in legato est eadem cum ea, quæ resultat ex quocumque contractu. In contractibus contrahendis non traditur res, sed nascitur obligatio & actio ad illam consequendam. Utilitas legati nascitur ministerio legis confirmantis legatum. Utilitas legati, & actio ex legato, uno eodemque instanti producentur. In potestate testatoris est, an velit legare, non verò ortus obligationis & actionis ex legato.
- Duplex utilitas consideranda est in legato, præsens scilicet & futura; & quævis utraque sit, demonstratur. Legatum quamvis non sit de debito præcedenti, nullam ab initio aliam det utilitatem quam præstare actionem. Contractus quando celebrantur, nihil aliud præstant ab initio quam obligationem & actionem ad agendum.
- Legatum an rectè desinat sic: est donatio. Legatum non est absolute donatio, sed quadam species donationis. Donatio absoluta jure Digestorum non poterat fieri absque traditione. Donatio absoluta neque producebat obligationem, neque erat contractus. In legato non est necesse, ut interveniat traditio. Donatio absoluta & legatum post Iustinianum in quo assimilantur, traditur. Legatum debiti puri quare servet nomen donationis, etiam si sit de re quæ antea debebatur. Legatum damnationis est donatio, & quare?
- Textus in l. 29. ff. de jur. dotium, & alii, quibus traditur, hoc legatum nullum esse, interpretantur. Una solutione extinguuntur omnes.

- 15 *De una re praestanda obligationes.*
Diversimodè explicantur textus, quibus dicitur fideicommissum debiti puri nullum esse, ab his qui dicunt legatum debiti puri nullum esse.
Fideicommissum debiti puri creditori relictum, nullum est, neque peti potest.
Difficultas l. 28 §. 10. ff. de liberat. legat. proponitur, & illustratur.
Idem in l. 49. ff. de legat. 1. & in dict. l. 28. §. pen. deciditur.
Non potest non nasci actio, ubicumque sit obligatio.
- 16 Ratio differentia nova & elegans traditur inter legatum debiti puri, & fideicommissum debiti puri, & fideicommissum debiti puri creditori relictum.
Ab ipsa leg. 12. Tabular. legata vim producenda actionis habuerunt.
Fideicommissa à principio non producebant actionem.
Fideicommissa non habent ex se ut producant actionem, sed ex comparatione ad legata.
Promissa donatoris hodiè non producit obligationem ex se, sed ex comparatione ad emptionem & venditionem.
Fideicommissa comparata sunt legatis ex necessitate, & quare?
Ubi non est necessitas, cessat comparatio; neque fideicommissa tunc pariunt actionem.
Quomodo interpretandi sunt textus in l. 67. ff. de legat. 1. l. 1. §. 1. ff. de dot. prælegat. l. 88. §. 10. ff. de leg. 2.
- 17 Superiora declarantur elegantissimo exemplo deducto ex l. 21. §. fin. ff. de captiv. & postlim. revertf.
Illius textus explicatio elegans traditur circa verba: ejus testamentum nullum est.
Testamentum per agnationem posthumi rumpi dicitur, non verò nullum esse.
Testamenta captivorum nisi à lege Cornelia confirmantur, valere non possunt.
- 18 Explicantur textus in l. 100. & l. 69. §. 2. ff. de legat. 1.
Debitum testatoris pro hereditariis portionibus solvitur, nisi testator unum ex hæredibus jubeat solvere.
Dictæ l. 69. §. 2. supplendus est ex l. 3. §. ult. ff. de liberat. legat.
- 19 Explicantur textus in l. 3. §. si rem l. 7. §. ult. l. 93. §. 1. ff. de legat. 3. & l. 49. §. 4. ff. de legat. 1.
Ab omni legataro, cui aliquid datur, vel à quo cum possit, non detrahitur; fideicommissi potest.
Legatarius verum commodum habere debet, ut ejus fideicommitatur.
Locus quidam Antonii Fabri laudatur, & explicatur.
leg. 67. §. 1. ff. de legat. 1. verba & mens ponderantur.
Jura, quibus affirmatur fidei legatarii committi non posse, quomodo interpretanda sunt, demonstrantur.
- 20 Conciliantur nova interpretatione Papiniani in l. 5. ff. ad Falcid. & Paulus in l. 82. §. servo l. 1. ff. de legat. 2. & num. seq.
In legato debiti, cujus dies, aut conditio legatum facit cum interusurium, non datur actio respectu solius utilitatis, sed respectu totius debiti.
Si vivo testatore dies venerit, aut conditio extiterit, adhuc non vitatur legatum.

- Ex mente Papiniani legatum à principio validum, semper validum conservat regula Cato-niana.
- Ex mente Pauli opposita ex diametro traduntur.
- Varietatem inter Consulos fuisse colligitur ex Marcello in l. 98. ff. de V. O.
- 21 Dissensionem inter Consulos agnoscentes, aliqui referuntur.
Non esse contrarios inter se Jurisconsultos aperit probatur.
Distinctio ab Osuvaldo ad conciliationem illorum introducta, rejicitur.
- 22 An ex legato debiti puri possit detrabi quarta falcidia.
Affirmativa sententia Antonij Fabri malè ab Osuvaldo reprehensi, defenditur, & explicatur.
Quod detrahitur per leg. Falcidiam ex legato debiti puri, per pristinam actionem creditor recuperare poterit.
Quomodo intelligendus sit textus in l. si creditori 28. §. 1. ff. de legat. 1. & text. in l. 1. §. 10. ff. ad leg. Falcid.
- 23 Quare in dict. 1. de stipulatione concipiatur questio & non de alio contractu.

IN hac quaestione ducem habemus Imperatorem Justinianum, qui in §. ex contrario 14. instit. de legat. hæc verba scripsit: Ex contrario si debitor creditori suo quod debet, legaverit inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei purè legaverit, utile est legatum propter representationem. Quod si vivo testatore dies venerit, aut conditio extiterit, Papiniani scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constituit: quod verum est; non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, à qua incipere non potuit. Ex quibus non miror omnes ferè Interpretes in ea fuisse sententia, quod crederent legatum debiti puri absque ulla representatione & interusurio relictum creditori non valere, & à principio per regulam Catonianam improbari; ac per consequens illud nunquam valere posse: inter quos connumerantur D. D. Melchior de Valentia in l. 1. ff. de legat. 1. cap. 3. num. 4. & seqq. Joannes Brocholt. de verb. obligat. cap. 5. num. 99. Marcus Lyclama membranar. lib. 7. c. 7. D. D. Martin. de Larreatequi lib. 4. selectar. jur. disputat. cap. 1. 6. num. 3. Donel. & Osuvald. lib. 8. commentarior. jur. civil. cap. 11. liter. P. Duareu, ad leg. si creditori 28. & seq. ff. de legat. 1. Accursius ibidem, Cujacius eodem loco, & lib. 18. quaest. Papin. in l. pater 7. ff. de dot. prælegat. & novissimè Doctor Athanasius Oreiza & Olano in hac Pintiana academia Legum Primarius Antecessor dignissimus in suo Paralipom. lib. 4. cap. 13. num. 46. Item doctissimus ejusdem universitatis primariæ canonum cathedræ & perpetuus moderatur D. D. Alphonfus de Oiea tract. de cessione action. & jurium tit. 4. quest. 6. num. 11. D. Simon de Villalobos in Paradisa civil. Philosoph paraphrasi 21. & alij, qui passim occurrunt. Eamque sententiam plurimis legibus comprobant, quas referam & explicabo inferius, postquam statuerim, quod ego in hac quaestione sentiendum esse putem.

Mihi tamen multoties cogitanti hæc rem ex fide superiorum Doctorum, & aliorum, quos semper in veneratione habui, contrarium persuasit Ulpianus ex Marcello in l. si creditori 28 §. ult. ff. de legat. 1. cujus hæc sunt verba: Marcellus lib. vigesimo octavo parat. rem quam ex stipulatu mihi debet, si legaveris, utile est legatum,

zum, ut neque Falcidia hoc minuat. Unde credidi in hoc genere legari etiam si in eo nullum interusurium sit, ut loquitur Jurisconsultus Paulus in l. debitor 82. in princ. ff. de legat. 2. vel representatio, ut Justinianus ait in d. §. ex contrario valere legatum debiti puri relictum creditori dict. l. debitor 82. servo alieno 2. Ubi quod dicitur posse legari servo quod debetur domino præter illam rationem quam affert Consulus scilicet quia legatum consistit ex persona servi, habet etiam hanc alteram, puta: quod omne quod domino legari potest, etiam servo ejus legari potest. l. si mihi 12. §. regula 2. ff. de legat. 1. dict. l. debitor §. 2. l. legatum 116. §. servo 3. ff. de legat. 1. §. legari 24. instit. de legat. junctâ l. non minus 31. ff. de hæredib. instit. de v. Unde cum debitor creditori legando id quod debebat, validum relinquit legatum (uti credo) multo magis relictum ejus servo Quæ explicatio observanda est ad l. debitor §. 2. quam promissi superiori cap. n. 14. & illâ melior alia vix poterit observari.

3 Hujus verò sententiæ nostræ ratio aperta & palmaria est in l. & an eadem 14. §. actiones 2. de except. rei judicæ, ibi: Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpius tamen deberi potest, id est, pluribus ex causis; l. possideri 3. §. ex pluribus 4. ff. de acquir. poss. quod & probat textus elegans in l. pupili 96. §. cum eodem ff. de solutionib. l. non ut ex pluribus 159. ff. de regul. jur. ibi: Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse l. non est novum 10. ff. de actionib. empi. ibi: Non est novum, ut due obligationes in ejsdem persona de eadem re concurrant l. generaliter 5. ff. de fidejussorib. ibi: Reum verò reo succedentem ex duobus causis esse obligatum, & paulò inferius: Refert autem hæc ad speciem, in qua vult offendere non est novum, ut due obligationes in unius persona concurrant l. hæres 21. ff. de fidejussorib. Quod & in actionibus pœnalibus observatur; l. plura 53. ff. de obligat. & actionib. alioquin enim tota quaestio de concurrat actionum per totum jus sparsa, & multum à Doctoribus passim tractata nullo fundamento niteretur: ut placet Osuvaldo lib. 21. comment. Donel. tractabimus alio loco. Neque hæc alia quaestio, an due causæ lucrativæ possint concurrere in una persona circa eandem rem? de qua agitur in §. si res aliena 6. instit. de legat. Nititur alia ratione quam in multitudine actionum, quæ ad petitionem unius rei ex diversis obligationibus nascuntur, sive illæ proveniant ab uno debitore, ut indicat dict. l. si res aliena in princ. d. l. 28. §. 1. Franc. Horoman. illustr. quest. 29. pag. 91. tit. 1. sive ex duobus debitoribus, ut indicatur ibidem vers. hæc ratione l. cum filius 76. §. variis, 8. ff. de legat. 2. Quid ergo prohibere potest, ut quod mihi debetur ex alia causa, etiam deberi possit ex legato; anne aliquid speciale in legato constitutum est, ut eo non possit deberi, quod aliquo ex contractu, vel alia causa mihi debetur? Minimè, imò contrarium expressè scriptum reperio in dict. l. si creditori §. 1. ff. de legat. 1. Et neque dict. §. ex contrario, neque alij plurimi textus ab Interpretibus adducti nostræ sententiæ opponuntur: & plus auctim affirmare quoddam ex utilitate legatarii creditoris mentienda sit validitas hujus legati, nunquam sine illa esse poterit, cum actio ex legato detur, & utilitas quædam non levis sit in laxiori agendi facultate: dict. l. cum filius §. variis ff. de legat. 2. l. si servus 108. §. cum homo 2. ff. de legat. 1. Cujacius lib. 2. responsor. Papin. in l. donationes 31. ff. de donat. Donel. lib. 9. commentarior. jur. civil. cap. ult. Osuvald. ibi liter. B. expedite enim creditori duplicem habere actionem Interpretes ostendunt.

4 Antequam ad ulteriora progrediamur, ut sine ob-

ce decurrat hæc quaestio, necesse est docere res valde distinctas esse interusurium legati, & utilitatem legati; nam interusurium est incrementum ipsius debiti, quod contingit vel ex eo, quod augeatur quantitas ipsa debita, vel ex remissione, modi, temporis, conditionis, loci, perpetuæ exceptionis, vel si quæ similia sunt: dict. l. si creditori 28. in princ. & l. seq. ff. de legat. 1. dict. l. debitor in princ. ff. de legat. 2. l. verbis 5. ff. ad leg. Falcid. dict. §. ex contrario instit. de legat. l. ut si 12. §. fin. ff. de verb. significat. l. circa 66. ff. ad l. Falc. Utilitas verò legati, si illa in ipsa datione consideretur (qualiter consideranda est, propter regulam Catonianam) est ipsa obligatio & actio legati, quæ ex testamento peti potest id quod antea ex alia causa & obligatione debebatur text. in dict. leg. cum filius §. variis dict. l. si servus §. cum homo, ut in numeris seqq. docerimus. Itaque si aliquis sic argumentetur, nullum esse legatum, in quo nullum interusurium est (qui sensus est eorum, qui contrariam sententiam tenent) negabo propositionem; quia absque interusurio legati, est utilitas in obligatione & actione ex legato: quæ quidem utilitas sufficiens est ad legati substantiam & validitatem, quia est ut le, & validum quidquid dat actionem ad agendum.

Attentè tamen notandum est ad hoc ut legatum hujusmodi valeat, non debere esse minus in legato quam in debito; nam regulariter etiam si cætera paria sint, in legato minus esse intelligitur, quia in eo falcidia ipso jure occupat partem, ut aban tē scribemus infra lib. 5. cap. 9. per totum, in debito verò antiquo & in pristina obligatione falcidia locum non habet, & ideo si falcidiam removeamus, non video cur legatum debiti puri subsistere non possit, ut docere videtur ex Marcello Ulpianus in dict. l. si creditori §. 3. Imò amplius dico quod etsi per falcidiam minuat legatum, hoc non obstante tale legatum valeat: & ea quantitas, quæ per falcidiam detracta fuit, per pristinam actionem recuperabitur, à creditore, ratione illa, quia totam quantitatem reciperet, si debitum non esset legatum, textus elegans in l. 1. (alias l. si socer. 2.) §. idem Julianus 1. 3. ff. de prælegat. Neque electione actionis ex legato extinguitur pristina actio in residuo debiti; quia hæc actiones sunt diversæ, & ex diversis causis provenientes: electione enim unius solum extinguuntur illæ, quæ simul ab una causa descendunt, & altera alteri accessoria sit; l. qui servum 34. §. ult. in fin. ff. de obligat. & actionib. dict. l. 76. §. variis de legat. 2. In actionibus verò à diversis causis provenientibus minimè id contingit, nam in his non nisi solutione totius debite quantitatis extinguitur obligatio respectu aliarum actionum: ratio est, quia sunt æque principales, & eisdem potestatis: ideoque non reperitur, eorum ultra aliorum consumat l. si reus 13. ff. de duob. reis constituend. & si minus unâ actione solvatur, minuitur obligatio ex parte; in residua verò durat: l. stipulatus 9. l. si is 94. in princ. & l. 2. ff. de solution. & quod per unam actionem minus consequitur creditor, per alteram residuum recuperabit. l. ea emptio §. idem Neratius 10. ff. de actionib. empt. (& de hoc copiosius, ut dixi, alio loco agant, quia pertinet ad concursum actionum) Itaque nulla unquam mihi se obtulit causa, & ratio efficax, quare legatum debiti puri relictum creditori, ubi interusurium nullum est, non debeat valere, neque per regulam Catonianam irritari possit.

Neque credendum est Donello dicenti supradicto loco ideo valere legatum in dict. l. si creditori §. 1. quia legatum fuit debitum, quod ex stipulatu debebatur in quo non potest non reperiri inter usurium, quia actio ex legato uberior ex actione ex stipulatu; in illa

enim veniunt usuræ, & fructus ex mora *l. usuræ 34. ff. de usur.* & dominium statim transit in legatarium, *l. legatum 80. ff. de legat. 2.* Nam eadem Donello opponitur Ulpianus, in *l. si mulier 3. §. si rem 2. ff. de legat. 3.* ubi loquens de debito ex stipulatu relicto creditori per legatum, inutile illud legatum facit, etiam si (ut Consultus ait) supradictæ utilitates reperiantur in actione ex legato, quæ non sunt in actione ex stipulatu, dum ex tali legatario fideicommissi non posse assereret: & si uberior à principio esset actio ex legato, pro ea parte qua interusurium reperiretur, fideicommissi poterat per ea, quæ diximus *cap. superiori n. 4. & §. 99.* Uterius si hoc in legato interusurium esset, ut vult Donellus, falcidia intervenire poterat; quia in legato valido ipso jure quarta pars legatorum per falcidiam detrahitur *l. verbis 5. ff. ad leg. Falcid. vide infra hoc cap. num. 24.* ut pluribus demonstrabimus infra *di. lib. 5. cap. 10.* sed in legato, quo legatur illud, quod per stipulationem debebatur, Ulpianus ex Marcello ait falcidiam intervenire non posse in *d. l. si creditori, §. 1.* ergo legatum illud non ideo valet quia ibi interusurium esse credatur, nullum enim ibi reperitur; sed ex eo quod inducatur alia obligatio, & actio petendum illud, quod antea per stipulationem debebatur.

Et si daremus uberiolem esse actionem legati propter usuras, hoc nobis non repugnat; nam nos disputamus de ipsa datione legati, an valida sit necne non obstante regula Catoniana, quæ in ipso instanti dationis operatur, vel improbando, vel confirmando legata, *l. cetera. §. iractari 2. ff. de legat. 1.* & usurarum utilitas non ex ipsa datione, neque ex ipso legato provenit, sed ex mora hæredis tardius legata solvenda: quæ utilitas potest non esse, si debita celeritate hæres talia legata solvat, vel legatarius ea petere distulerit, quia dum interpellatur debitor, non committit moram: *l. si ex legati 12. P. O. l. mora 32. de usur.* quo in casu effectus & vis Catonianæ in suspensio esset, donec ostenderetur, an hæres tardius vel celerius solutus sit: quod ex diametro repugnat regulæ Catonianæ *l. 1. & toto tit. ff. de regul. Caton.* ut ostendimus supra *cap. 2. per 10.* ergo ex hac utilitate futura contingenti, atque incerta validitas legati, quæ subesse debet præcisè in ipso dationis instanti propter regulam Catonianam, pendere non potest; ex incerto & fallibili eventu non potest firmari quod ab initio firmum esse, vel non esse apparere debet.

Neque nos à recto ordine sic sentiendi deviare debent plurimi textus, qui de hoc genere legati loquentes, inutile illud esse aiunt; quorum nullus expressior esse potest quam *di. §. ex contrario insti. de legat. ibi: Inutile esse legatum text. in l. si quando 109. ff. de legat. 1.* ibi: *Nam inutile legatum futurum est, l. si servus 108. §. Stichum 4. eod. tit. l. si debitor 13. ff. de liberat. legat. ibi: Quoties debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interest creditoris ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione l. 1. §. si qui creditor 10. ff. ad leg. Falcid. ibi: Aut inutile legatum erit, si nullum commodum in eo versabitur.* Nam in his omnibus legibus, & similibus, non dicitur improbatum esse à jure hoc genus legandi, sed quod dicitur, est nullam utilitatem contineri in tali legato cum eadem quantitas sit in eo, ac erat in pristina obligatione: & sic facta comparatione ad quantitatem debiti in pristina obligatione comprehenditur eadem quantitas, quæ in pristina obligatione erat absque ullo interusurio; quod ostendit Jurisconsultus Paulus in *l. legati 25 §. contra autem 1. ff. de liberat. legat. ibi: Si debitor creditori legat, nullam utilitatem video, si sine quantitate le-*

gat; & paulò post *Nulla utilitas est nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur*, ubi non disputat de validitate legati, illam enim supponit; sed de utilitate statuit, text. in *l. si debitor 13. ff. de liberat. legat.* ubi prius decidit Consultus valere legatum, & postea in *versic. item quæsum* incipit inquirere, an utile sit necne legatum hoc quasi relictum creditori: eodem modo in *l. 66. ff. de legat. 2.* id quod dicit Consultus debitorem non semper quod debet, jure legare, referendum esse ad utilitatem docet in ultimis verbis, ibi: *si enim id sub eadem conditione relinquatur, quod emolumentum legatum futurum?* Et ita supradicti textus dum dicunt hoc legatum inutile esse, non dicunt invalidum esse, sed solum nullam utilitatem in eo contineri, cum eadem quantitas absque ullo interusurio comprehendatur in legato, quæ erat in anteriori obligatione.

Deinde novum non est, quod hoc verbum utile vel inutile nomen sumat ex commo, vel incommo. Exemplum sumi potest ex *l. 2. ff. de estimat. actio. ubi utilis actio non significat illam, quæ opponitur directæ, sed utilis actio sumitur pro efficaci actione.* Anton. Fab. in *ration. ad di. 1. & Accursius ibidem;* sic etiam in *l. stipulatio 18. §. si quis insulam 21. ff. de verb. obligat. ibi: habet eum utilem ex legato actionem non de actione utili loquitur, sed de directâ, quæ non male etiam dicitur utilis, quia nomine utilitatis id venit, quod interest stipulatoris: quod quidem interesse læpilisimè utilitas appellatur: Julians 9. ult. ff. ad exhibend. l. proinde 22. §. seq. ff. ad leg. Aquil. l. si sterilis 21. §. cum per venditionem 3. ff. de actio. empt. Joan. Barcholt. de *verb. obligat. cap. 4. num. 33.* Eodem sensu Justinianus *princ. institution. de vi bonorum raptor. ait actionem vi bonorum raptorum utilem esse, & Ulpian. in l. 2. §. si in re deposita 24. ff. de vi bonorum raptor. ibi: Utiles dicuntur esse & si cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem, Agidius Hortens. in §. ult. insti. de vi bonorum raptor. Itaque sine necessitate Donellus in *di. l. stipulatio 38 §. si quis insulam ff. de P. O.* pro verbo utilem reponit *utique.* Ex quibus manifestè constat legatum debiti puri creditori relictum dici inutile, non verò nullum in supradictis legibus, quia Consulti ad interesse legatarij respexerunt, non verò ad validitatem legati, quam ut certam ex supradictis supposuerunt: quod etiam constat ex *l. petitor. 30. ff. de liberat. legat.* his verbis: *nam in bona causa nihil videtur esse in legato, ubi non dubitat Paulus de validitate legati, sed asserit nihil utilitatis esse in legato: & ideo sumit quæstionem de effectu atque exitu legati, & non existentia ipsius legati his verbis: de effectu legati queritur.* In quo textu verbum videtur malo accipere propriè, quod significet idem quod esse; non impropiè, ut in *l. apud tertie ff. ex quib. caus. in possession. est. l. 1. §. ult. ff. ad S. C. Turpyllian. l. scrivarios 16. & ibi Gothofred. C. militar. testam. Frideric. Mindean tit. de acquir. poss. cap. 3. num. 1.* Ita etiam utilitatis nomine utitur Papinianus in *di. l. verbis 5. ff. ad leg. Falcid. & plus addit scilicet hoc legatum debiti non necessariò relinquatur, quia sine eo legato creditor consequi potest quod sibi debetur.* Unde manifestum est in præcedentibus & similibus legibus Jurisconsultos, dum dicunt inutile esse legatum, ad utilitatem legati, id est, ad interesse, & interusurium legatarij; non verò ad validitatem legati, quam præsupponunt, respexisse.**

Ceterum etsi de ipsa utilitate legati sine eò loqui velimus, legatum hoc debiti puri eandem utilitatem præstat creditori ut legatario, ac præstat pristina obligatio creditori ut creditori; nam pristina obligatio nihil aliud præstat creditori nisi obligationem & actionem personalem ad compellendum debitorem, ut det quod

quod debet, ita ut per eam actionem consequatur creditor dominium rei debite, quod quidem dominium remanet adhuc apud debitorem: *l. alienum 67. l. verbum 181. ff. de V. S. l. sum 73. §. 1. ff. de legat. 3. l. minus 104. ff. de regul. jur.* quia inter admittendi dominij modos, qui civili jure certi sunt & constituti, unus hic non est, si quis incipiat habere creditores. Anton. Fab. *jurisp. Papin. tit. 6. princ. 1. illat. 1.* Legatum etiam creditori ut legatario præstat actionem: *di. l. cum filius 76. §. variis ff. de legat. 2.* sive illa sit vindicatio ex legato vindicationis, sive actio personalis ex legato damnationis, vel finendi modo: vide *Vacon. lib. 2. declarat. 43. num. 33. lib. 3. declarat. 49. num. 15. & Bellon. lib. 1. supp. c. 8. n. 2.* Itaque quantum ad formandam obligationem & actionem tanta utilitas est in legato ac in pristina obligatione, quia hæc sumenda est ex instanti, quo datur legatum, & contrahitur contractus. Postea verò quæ obligatio & actio ex his duobus utilis futura sit respectu utilitatis futuræ, hoc est, consequendæ rei debite; ex futuro eventu & voluntate legatarij pendet, nam si agat actione ex legato, tota utilitas etiam, quam disium futuram, in legato erit ex postfacto, & contra si ex pristina obligatione agatur, & consequatur debitum, tota utilitas futura in ea ex postfacto erit, & nulla in legato reperietur ex postfacto.

Sed nihil contra validitatem legati facit, quod per pristinam actionem creditor relicto legato consequatur debitum; nam licet tunc ex postfacto legatum nullum sit, tamen exitus hic non efficit, ut non fuisset à principio valida ipsa datio legati, ad quam & non ad exitum respicit regula Catoniana, sicut contingit in institutione hæredis, quæ etsi à principio rectè fiat, si tamen hæres noluerit adire hæreditatem, irritatur & inutilis redditur institutio ex postfacto, *l. 2. ff. de injust. rapt. irritaque fact. testam. l. nemo 9. ff. de testam. tutel. l. filium 20. de bonor. possess. contra tabul. §. posteriore inflit. quib. mod. testam. infirmant.* Fatuus ergo esset qui ex eo dicere à principio non valuisse institutionem. Idem exemplum poni potest in legato repudiato, *l. 1. §. utrum 6. ff. si quid in fraud. patronor. & textus, quos retulimus supra cap. 2. num. 12.*

Unde ut debita forma syllogistica totum, quod diximus, demonstrarem, accipio syllogismum, qui ex præcitatæ legibus *num. 5.* fieri contra nostram sententiam potest: legatum debiti puri inutile est: sed legatum quod inutile est, nullum est: ergo legatum debiti puri nullum est. Major propositio sic distinguenda est: *inutile est* quoad validitatem legati, nego majorem: *inutile est*, id est, non necessariò relictum, ut loquitur Papinianus in *d. l. verbis 5. ff. ad leg. Falcid.* concedo majorem, quia etsi non legaretur, ex pristina obligatione creditor consequeretur debitum; itaque sine necessitate relictum fuit legatum; at tamen quia relictum est, valet & producit actionem. Minor etiam eodem modo distingui debet, & consequentia neganda est. Hacque distinctione interpretandæ sunt leges supradictæ, in quibus inutile esse legatum debiti puri statuitur.

Vidi etiam aliquos, qui putant hoc argumentum urgere, urgebit quando Vis placuerit, nempe nullum est legatum sine utilitate: sed in legato debiti puri creditori relicto nulla est utilitas: ergo nullum est hoc legatum. Sed respondeatur concedendo majorem & distinguendo minorem sic: si nomine *utilitatis* comprehendere velint inter usurium legati, concedo minorem: si nomine *utilitatis* significare velint commodum, quod in datione legati consequitur legatarius, puta obligationem & actionem, ut per eam postea debitum consequatur, nego minorem; quia non solum in initio dationis legati legatarius sentit utilitatem consequendi obliga-

tionem & actionem novam, sed etiam consequitur illam utilitatem quod futurum sit, ut hac actione noviter acquisita per legatum consequendo debitum, etiam illa futura utilitas, quæ in consequenda re consistit, in legato comprehendatur: quæ quidem utilitas pendens ex futuro eventu, & voluntate legatarij ex post facto per retrotractionem vel legato, vel pristinae obligationi est tribuenda: *l. servum 44. §. 1. l. si sibi homo 86. §. cum servus 2. ff. de legat. 1. di. l. 1. §. utrum ff. si quid in fraud. patronor.* ita ut si ex legato ageret, legato; si ex pristina obligatione egerit, pristinae obligationi. Et ideo pessimum arguendi modus est ab exitu causæ ad ipsam causam, & ab eventu obligationis ad ipsam obligationem.

Unde provenit, quod inter usurium est commoditas præfens ipsius legati, quæ oritur à voluntate testatoris, quia augetur legatum à testatore, ut dixi *num. 4.* ejus verò effectus est futurus, & pendens usque dum consequatur, id quod legatum est, per actionem ex legato descendente; quæ quidem commoditas est communis & æqualis non solum obligationi ex legato, sed etiam alteri cuicumque, quæ oritur ex contractu, vel alia causâ; nam cum in contrahenda obligatione non tradatur res ipsa debita, sed solum resurter actio ad eam perendam; ideo præcisè futura debet esse hæc commoditas, cum eam nemo consequatur usque ad ipsam receptionem rei. Utilitas verò legari est ipsa obligatio, & actio, quæ nascitur in ipso instanti dationis legati, non ex voluntate legantis, sed ministerio legis confirmantis legatum, & concedentis actionem legatario; cujus effectus instantaneus est, quia nullus alius est nisi competentia actionis: itaque nullum est legatum validum: in quo validitas legati, & actio ex legato uno & simultaneo instanti non nascuntur; nam licet liberum sit testatori non legare, & ea de causâ legati datio pendeat ab ejus voluntate; tamen eo ipso quod legaverit, non potuit efficere ne legatum, quod validè reliquit, produceret actionem, quia illa nascitur (ut dixi) ministerio & potestate legis, non ex voluntate testatoris, ut in simili ratiocinatur: *Besoldus in delibatis juris lib. 5. pandect. cap. 27. vers. Nec aliquid.*

Ex quibus duplex utilitas consideranda est in quo cumque legato. Prima præfens, & quæ est comes ipsius dationis, nempe productio obligationis, & actionis: Altera futura, quæ est ipsa acquisitio rei. Quo fit, ut si aliquis dixerit legatum debiti puri non esse utile, distinguendum est hoc modo: non est utilis ipsa datio legati, quia tunc nihil habet utilitatis nisi producere obligationem & actionem; nego quia nihil aliud præstat etiam legatum absolutum rei, quæ antea non debebatur, quam producere obligationem & actionem: quod non solum proprium est legatorum, sed etiam omnium contractuum, qui quando celebrantur, nihil aliud præstant nisi actionem ad agendum: & si hoc non sufficeret, ut in principio contractus valeant, utilesque esse dicantur, nullus unquam contractus valebit, neque utilis erit, quia ex his nihil acquiritur nisi jus persequendi in judicio quod sibi debetur *princ. institution. de actionib.* quod quidem jus appellatur actio; substantia enim obligationis non in eo est, ut aliquid nobis detur, sed ut ad dandum nobis alium obstringat *princ. institution. de obligat. & actionib.* Si verò inutile dicatur ipsum legatum, quia sine eo debitum consequi poterit creditor pristina actione hæc utilitas est futura, simulque possibilis ut frustreretur: nam si actione pristina creditor consequatur debitum, legatum est inutile respectu utilitatis futuræ, non respectu validitatis præteritæ, quia non consequitur legatarius per legati actionem id quod debebatur; & tunc magis dicitur repudiatum fuisse legatum

legatum & ex repudiatione ex postfacto nullum, ut dicitur in dict. l. 1. §. verum 6. ff. si quid in fraud. patronor. dist. l. servum 44. §. 1. ff. de legat. 1. quàm à principio invalidè datum, quod manifestissimum est, & exemplo institutionis hæredis, in qua non fuit adita hæreditas probavimus supra num. 8.

13 Neque superioribus obstat definitio legati, quia dicitur legatum esse donationem l. legatum 36. ff. de legat. 2. Nam responderetur legatum non esse absolutam donationem (qualis est donatio inter vivos, & donatio causa mortis; istæ enim non aliter heri poterant jure Digestorum quàm sequuta traditione rei, l. Papinianus 23 ff. de donat. inter vir. & ux. Cujac. lib. 8. responsor. Papin. in l. vir 34. dist. tit. neque ex ea donatione poterit oriri obligatio, l. Aristo 18. in princ. & §. ult. l. que libertis 8. ff. de donationib. Anton Gomez 2. tom. variar. cap. 4. num. 1. D. D. Melchior de Valentia illustr. tract. 1. part. 1. num. 8. de acquir. hæred. neque contractus erat, l. interdum 14 ff. de precario; de quo dicemus abundè infra lib. 1. cap. 9. num. 17. & seq. & lib. 3. cap. 11. num. 8.) sed esse donationem, quæ facit propriam speciem donationis ab illa absoluta donatione dissimilem; in qua nulla requiritur traditio rei ad ejus extinctionem; quod significat verbum quedam in definitione legati positum in §. legatum institui de legat. circa quod plurima diximus supra cap. 3. num. 4. & ita ex ea donatione tantum nascebatur & nascitur actio, sive illa sit personalis sive vindicatio, ut docuimus supra n. 5. Unde cum ex legato refulset tantum obligatio & actio in quo assimilatur hodie donationi absolutæ, quæ sit secundum constitutionem Iustiniani, de qua in l. illam 33. C. de donat. §. alii autem 4. instit. de donat. merito legatum servat nomen donationis, etiam tunc quando legatum id quod antea debebatur, quia ex eo nascitur actio, & per eam actionem consequitur legatarius omne id quod legatur, licet illud ex anteriori obligatione deberetur, & eo colore quando debitori remittitur actio, dicitur illam remissionem esse speciem acquirendi: l. species 11. ff. de acceptil. l. qui etiam 2. ff. de calumniatorib. l. inter causas 26. §. si is quis 3. ff. mandat. l. si debitor 4. ff. qui potior. in pign. habeant. Ceterum si legatum damnationis donatio est, cum nullam aliam utilitatem præstet legatario nisi actionem, ut probavimus supra lib. 1. cap. 2. num. 17. quare legatum debiti puri non erit donatio, cum etiam hoc legatum legatario præstet actionem ad agendum?

Neque hoc jure credendum est D. D. Melchiori de Valentia in l. 1. de leg. 1. num. 4. dicenti legatum debiti, in quo nihil ultra debitum est, non esse donationem, neque propriæ liberalitatis beneficium: argum. text. in l. unum ex familia 67. §. 1. de legat. 2. Nam ex superioribus satis abundè constat in hoc legato, & in quocumque alio, ex quo mihi nisi obligatio & actio nascitur respectu earum donationis nomen conservari. Denique impossibile est, quod interpretatio Valentie ad dict. l. si creditor 28. §. fin. de leg. 1. subsistere possit; illa enim quam dat, æqualis est cum ea Donelli, quam impugnavimus supra num. 5. vers. neque credendum: & licet postea hanc distinctionem addat quod in casibus illis, ubi in legato debiti relicto creditor est aliquod inter usurium, possit fideicommissi simulque falcidia induci pro sola ejus commodi estimatione; l. 1. §. sed. & si l. si deportari 7. §. si ff. de legat. 3. l. 1. §. si quis creditori 10. l. verbis 15. ff. ad leg. falcid. l. 2. §. ult. l. cum quis 3. in princ. ff. de dot. preleg. in illis verò quibus, modus exigendi debiti commodior est propter utilitatem actionis, licet legatum consistat (hæc omnia sunt verba illius) non possit tamen fideicommissio onerari, neque ex eo falcidia de laci, dist. l. si credi-

tori §. fin. l. 3. §. si rem l. si deportari 7. §. fin. ff. de legat. 3. quæ sic reliquit nulla data hujus distinctionis ratione differentia.

Hæc distinctio ex omni parte non urget; non ex prima, quia illa directè opponitur regulæ Catonianæ potestati, cujus vis non ex futuro eventu, sed ex præfenti dationis uti itate pendet; & ea ratione ad conditionalia legata non extenditur, ut abundè probavimus supra cap. 7. per tot. neque in suspensio esse potest eis & potestas ejus regulæ, sed in eo instanti, quo testator scripsit legatum, vires suas exercet præsupposita & non expectata morte testatoris, ut ostendimus supra num. 5. vers. & si daremus. Non ex secunda, quia si hoc legatum in dist. l. 28. §. fin. valet, ut ipse profiteretur, & verum est impossibile est, ut non patiat falcidiam, nam lex falcidia eo ipso quod ex legatis validis exhaustam respicit hæreditatem, ipso jure detrahit falcidiam l. l. l. lincam 26. l. in quantitate 7. §. fin. ff. ad leg. falcid. ibi. Ergo optimum quidem est statim ab initio ita testatorem distribuere legata, ne vultura dodrantem relinquatur; quod si excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso jure minuantur. Præterea lex falcidia potestatem legandi quibus dedit revocari illa amplissima, quam antea lex duodecim Tabularum concesserat l. 1. vers. quocumque, & hæc lex falcidia facultatem legandi dedit non majorem quàm usque ad dodrantem, dist. l. 1. vers. dum ita detur. ergo quidquid legatur extra hanc summam, ipso jure non valebit; non solum ex eo quod nullal lege confirmatur talia legata, quod omnino necessarium est ad hoc ut valeat quidquid in testamento relinquatur. sine legis enim confirmatione neque testamenta ipsa valere poterunt: l. lex Cornelia 28. ff. de vulg. & pupill. substit. l. l. x. Cornelia 12. ff. qui testam. facer. possunt. Anton. Fab. jurispr. Papin. vers. aliud exemplum tit. 2. princ. 1. & tit. 11. princ. 8. illat. 4. Sed etiam quia ipsa lex falcidia voluit pro non legatis haberi illa, dim potestatem legandi extendi ad ipsa noluerit, & aliter legari prohibuerit, elegans text. in l. qui autem 6. ff. si quis om. ff. caut. testam. ubi rangi à testatore quadrantem prohibetur: l. quoties 67. ff. ad leg. falcid. Vlpian. in fragment. tit. 24. in fin. de qua re fultus agemus infra lib. 5. c. p. 10. num. 4. ergo vel legatum non consistit in dist. l. si creatori 28. §. 1. ff. de legat. 1. vel si consistit (quod negari non potest, neque ullus unquam id negavit) nulla arte effici potest ne per falcidiam minuat. Quo præsupposito, necessarium illud sequitur, quod & si uberius esset actio ex legato actione ex stipulatu propter incertam illam usurarum spem, tamen ex alio capite sit sterilitior, nempe quia legatum præcisè patitur falcidiam, quæ diminutio ut infallibilis & certa prævalere debet commodo illi usurarum futuro, accidentali, fallibili, incerto, & ex mora hæredis magis quàm ex ipso legato provenienti.

Sed traditæ solutioni supra num. 6. & seq. obstant 14 plurima alia jura, quæ de hoc genere legati dicunt, nullum esse tale legatum: l. cum pater 29. ff. de jur. dotium ibi. nam cum creditori debitor legat id quod debet nullum legatum esse. Sed is faciliè satisfaciens dicendo quod omnes leges, in quibus reperitur scriptum nullum esse hoc legatum, non dicant ipsam dationem legati esse nullam à principio, quam non reprobati per regulam Catonianam hucusque docuimus, ita ut de validitate legati nulla unquam fuit dubitatio in his iuris apud Consultos; sed agitur de exitu & effectu legati. petitor 30. ff. de liberat. legat. quia potest legatum à principio validam ex postfacto nullum dici; nam si pristina actione agendo suum debitum contempserit legato creditor consequatur fuerit, vel neque à principio

capio legatum datum fuisse videatur: l. servum 44. §. 1. ff. de leg. 1. l. 1. §. 6. si quid in fraud. patronor. vel quia una solutione extinguuntur omnes de una re præstando obligationes: Mavii 66. §. 1. ff. de legat. 2. dist. l. non ut ex pluribus 159. ff. de regul. jur. l. an & eodem 14. §. actiones 2. ff. de except. rei judic. l. plane 34. §. sed si non corpus 3. l. servus 106. §. Stichum 4. ff. de legat. 1. l. in perpetuum 61. ff. de solut. D. D. Martin. de Larreategui, subtilis jurisprudentiæ Præceptor lib. 8. selectar. jur. civil. disput. l. omnes 17. ff. de obligat. & actionib. l. qui his 18. ff. de V. O. Cujacius. lib. 17. questio. Papin. in l. Mavii 66. ff. de legat. 2. & lib. 23. questio. Papin. in l. si quod 73. ff. de legat. 2. Donel. lib. 16. commentarior. jur. civil. cap. 5. legatum hoc debiti puri à principio validum, ex postfacto redditur nullum; sicut diximus de legato relicto patri, quando filius hæres institutus est, quod legatum quamvis valeat à principio, si tamen jussu patris filius adierit hæreditatem, quia ea hæreditas ad patrem devenit, per additionem hæreditatis legatum redditur nullum ex postfacto, quod per dationem à principio validum fuerat: l. filio 2. §. ff. de legat. 1. de qua vide supra cap. 6. num. 3. 4. 5. & 6. Siverò pristina actione relicta legatarius egerit actione legati ex testamento, tunc è contra legatum à principio, & etiam ex postfacto subsistat: exinde de pristina actione dici potest nullam illam esse propter rationem superiorem, qua semel acquisita ex legato omnes obligationes de eadem re præstanda, nullæ, & invalidæ rediguntur; solutione enim unius rei debite omnes actiones ad eam petendam omnino extinguuntur eadem formâ, ac diximus de legato inutili supra num. 6. & seq. Patri enim modo interpretandi sunt textus, qui dicunt legatum inutile esse, ac qui dicunt nullum esse. Et hæc interpretatio, quæ optima est observanda & adaptanda omni speciei, quæ legatum debiti puri creditoris relinquatur; nam si fideicommissum debiti puri relinquatur, alia interpretatio non inelegans adhibenda est, quam trademus num. seqq.

15 Sed obstat superiori interpretationi text. in l. Aurelius 28. §. cum qui 10. ff. de liberat. legat. ubi institutus fuit hæres ille, qui fuit tutor ab eo, cujus tutelam gessisset; qui quidem testator & cohæredes etiam dedit fratrem suum, & alios quosdam, eique tutori hæredi legavit quantitatem, quam ei debebat propter administrationem præteritæ tutelæ: quæritur de legato, an valeat necne; & responderit Consultus, quod si id, quod testator debeat tutori, per fideicommissum reliquisset, peti illud fideicommissum à tutore cohærede non posse: ergo legatum debiti puri relicto creditori nullum est non solum ex postfacto, sed etiam à principio quia si illud valeret, actio legati ex testamento daretur; quam postea eligere legatarius posset, si præstina actione agere noluisse secundum ea, quæ diximus num. superiori. Itaque in dict. §. cum qui in fin. peti non posse tale legatum dicatur, satis constanter docet Consultus hoc legatum à principio improbatum esse, quia ubi est obligatio, non potest actio simulque petitio non nasci, l. licet. 42. §. ea obligatio 2. ff. de procuratorib. junctâ glossâ ibi verbo patris princ. institutio. de V. O. D. D. Martin. de Larreategui lib. 5. selectar. jur. civil. disputatio. cap. 5. num. 10. ægidius Hortens. princ. institutio. de obligat. & princ. institutio. de actionib. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princ. 5. illat. 5. Et expressior textus in l. si cui legatur 49. §. si Titio 4. ff. de legat. 1. ubi de debito per fideicommissum relicto sic ait: Fideicommissum quidem in creditoris persona non valet, quo apertius nihil dici potest ad affirmandam quod debitum purum creditori legatum, vel fideicommissum non valeat. Idem

videtur statutum in dict. l. Aurelius 28. §. pen. his verbis Quasum est, an si verè uxoris debitor fuerit, fideicommissum constituerit, respondit, si debita fuisset, nullum esse fideicommissum: ergo legatum debiti puri creditori relicto non solum ex postfacto redditur nullum, sed etiam ab initio per regulam Catonianam repro-

batur. Huic tamen difficultati respondendum est in dist. 16 l. Aurelius, §. cum qui relicto fuisse per fideicommissum tutore quod eidem debebatur propter administrationem tutelæ, & non fuisse relicto per legatum: itaque rectè dicitur fideicommissum illud peti non posse nec valere, quod probant illa textus verba: respondit, si id dederit per fideicommissum, quod debebatur, peti non posse. quibus indicat Consultus aliud dicendum fore, si per legatum relinqueretur: qui postquam in princ. §. de legato introduxit questionem ibi: & tutori legavit, non ausus fuit respondere in fine nisi de fideicommissio, ibi: si id dederit per fideicommissum (vide hac de re plurima quæ subtiliter dicenda sunt infra lib. 2. cap. 9. num. 24. & seqq.) (Ratio differentie neque vulgaris, neque inelegans ea est, quod legata semper per se producant actionem, & produxerunt à principio leg. 12. Tabular. nulla habita comparatione ad fideicommissa; & ideo legatum dicitur illud esse, quod legis trodo, id est imperativè, testamento relinquatur. Vlpian. in fragment. tit. 24. in princ. l. verbis 1. o. ff. de V. S. Fideicommissa verò per se à principio actionem non produxerunt princ. instit. de fideicom. heredit. vide Antonium Fabrum in jurispr. Papin. tit. 2. princ. 7. illat. 1. & 2. Cujac. lib. 15. questio. papin. in l. heres 11. ff. quibus indign. Donell. lib. 7. comment. jur. civil. cap. 15. & ibi Olivald. l. iter. D. Neque ut postea possent producere actionem, habent à se, sed ex comparatione ad legata quibus per suam interpretationem jurisprudentes fideicommissa exaruarunt, l. 1. ff. de legat. 1. l. omnia 2. C. commun. de legat. de quo vide Marcum Lyclamam lib. 4. membranar. eclog. 1. sicut donationi datum fuit per Imperatorem Iustinianum, ut produceret actionem ex promissione sola non per se, sed ex comparatione ad venditionem, §. alii autem 2. vers. & ad exemplum. instit. de donat. Quæ quidem comparatio facta de fideicommissis ad legata, ex qua possent fideicommissa producere actionem, ex necessitate introducta fuit, ne enim voluntatis preces defunctorum (ut loquitur Papinianus. in l. cum. pater 77. §. filius 23. ff. de legat. 2.) & utilitates fideicommissariorum simul in irritum irent; dist. princ. institutio. de fideicom. heredit. ergo ubi necessitas non est, fideicommissorum ad legata comparatio cessat, & ita non producant actionem, suntque ad id invalida Et certum est nullam esse necessitatem in fideicommissio debiti puri, cum pristina actione consequi possit fideicommissarius quod ipsi debebatur, ut ostendit Papinianus in d. l. verbis 5. ff. ad leg. falcid. ibi: Fideicommissum non necessariè civitati relinquatur, quod ex causa pollicitationis præstare necesse est. ideoque fideicommissum tale nullum est neque peti potest. E. sic interpretandi sunt omnes textus, qui de hoc genere fideicommissi dicunt peti non posse, uti an l. unum ex familia 67. l. Lucius 87. §. quisquis 10. ff. de legat. 2. l. 1. §. idem Iulianus 13. ff. de dot. prelegat. in quibus & similibus rectè dicitur nullum esse fideicommissum. Ratio est, quia cum fideicommissa non possint per se confirmari à lege, quia lex confirmat solum ea, quæ imperativè, non quæ precativè, relinquuntur; siquidem ejus virtus in eo consistit, ut jubet. vel veter. vel puniat; non in eo etiam ut roget, legis virtus 7. ff. de legib. exinde est quod ea confirmet solum ex comparatione ad legata, quæ confirmantur

matione sola, & non aliter quantum attinet ad producendam actionem, dici possunt valida esse: & cum non comparent nisi quando necessitas conservandi utilitatem fideicommissarii, & voluntatem testatoris, id suadeat; ideo est quod recte dicantur fidei commissi debiti puri esse nulla, neque ex his peti posse quod aliunde antea efficaciter debeatur: quia cessante comparatione, quæ cessat quodcumque necessitas cessaverit, reducuntur fideicommissa ad illud primum tempus, in quo sine comparatione ad legata subsistebant; & cum inspecto illo tempore nullam vim ad producendam actionem habeant, idcirco quando relinquuntur fideicommissum debiti puri, nullam poterant ad producendam per se actionem habere poterit, quia respectu legis, quæ id confirmat, nullum est tale fideicommissum.

17 Hæc omnia uno elegantissimo exemplo deducto ex l. bona 22. §. ult. ff. de capi. v. & postum. reve. confirmabimus ubi Iulianus scribit: si quis cum prægnantem uxorem haberet, in hostium potestatem pervenerit; & nato deinde filio, ac mortuo ibi decesserit, ejus testamentum nullum esse. Ratio dubitandi id faciebat, quod testamentum, in quo agnoscitur posthumus, non dicitur nullum, sed irritum, l. 1. tot. tit. ff. de injus. r. n. p. irrit. qui facit testam. Ratio tamen decidendi in eo est quod testamenta eorum, qui apud hostes sunt, valere non possunt nisi per legem Corneliam confirmantur: l. lex Cornelia 28. ff. de vulg. & pupill. substit. l. lex Cornelia 12. ff. qui testam. facer. poss. l. hæres 2. §. ff. famul. er. c. q. quia per captivitatem contingentem ipso jure sunt irrita, nam cives Romani capti ab hostibus non solum amittunt civitatem, sed etiam libertatem, l. i. in re 1. ff. de P. S. & quod tale testamentum sit irritum per captivitatem respectu leg. 12. Tabular. quod si captivitas non intervenisset, per agnationem posthumi irritaretur, ut docet Consultus in d. l. §. ult. Unde provenit quod nullo instanti illud testamentum potuit esse tale, ut unquam posset per legem Corneliam confirmari quia nec per legem 12. Tabular. potuisset, & si testator in instanti captivitatis in civitate verè decessisset. Ex quo fit, quod respectu legis Corneliæ, cujus confirmatione subsistuntur testamenta captivorum, nullum dici debeat testamentum illud, quod etiam per agnationem posthumi in civitate rumpetur; & quæ respectu leg. 12. Tabular. ob agnationem posthumi irrita dicuntur respectu legis Corneliæ, in qua nulla spes confirmationis unquam fuit, nulla sunt. Sic fideicommissa debiti puri, quæ non necessariò relinquuntur, dicuntur nulla respectu leg. 12. Tabular. quæ confirmat illa ex comparatione legatorum; & cum ea comparatio solum subsistat quando utilitas fideicommissarii non potest aliter conservari, & sine illa comparatione lex non confirmet fideicommissa, quorum quantitas alia actione à fideicommissario peti potest, idcirco respectu legis 12. Tabular. quæ propter comparationem comprobatur fideicommissa: illa in quibus nulla potest esse comparatio, quia nulla necessitas cogit ad eam inducendam, nulla esse dicuntur; & rectè.

Sed videtur superioribus obstat Papinian in d. l. verbis 5. ff. ad leg. Falcid. ubi loquens de deb. to antiquo, quod relinquuntur noviter in testamento creditoribus, æqualia facit in eo casu legata & fideicommissa his verbis: *verbis legat. vel fideicommissi non necessariò ei vitæ relinquuntur, quod ex causa pollicitationis præstari necesse est*; sed per nos legatum debiti puri non necessariò relictum valet: ergo etiam si fideicommissum debiti puri non necessariò relictum eodem modo valebit, aliàs enim non sine distinctione loqueretur Consultus de legato simul & fideicommisso. Sed nec mens,

nec verba Papiniani nostram, quam dedimus, differentiam impugnat; nam ille in præcedentibus verbis solum ostendit pristinum debitum sine necessitate in testamento relinqui, sive id relinquatur per legatum, sine per fideicommissum, quod in utroque verissimum est, & æquale: nam & si non relinquere, id per pristinam actionem consequi poterat. Non tamen disputat, neque ullo verbo tangit an legatum, vel fideicommissum tale valeat necne; & ideo superioribus non obstat. Cætera hujus textus explicabimus infra num. 10. §. seqq.

Ex præcedentibus capit interpretacionem textus in l. si quis Sempronius 500. ff. de legat. 1. ubi Iulianus ait, quod si Sempronius à Titio hærede legaverit sub conditione, existente postea conditione legatarius capiat ex testamento Sempronii; nam cum dispositio hæreditis non tollat dispositionem defuncti, ut placet Barroio laudato Gothofr. in d. l. exinde est, quod non sit extinctum legatum primi testamenti per repetitionem legati secundò disponentis: non tamen ex eo sequitur quod legatum non possit peti per legatarium ex secundo testamento, omittendo actionem quæ ex primo ei competebat. Neque contradicit sententiæ nostræ text. in l. servus 69. §. si testator. 2. ff. de legat. 1. ubi testator quosdam ex hæredibus iussit solvere æs alienum & ait Iuriconsultus Gajus cohæredibus dandam esse actionem adversus cohæredes, qui tale debitum solvere iussit fuerunt per testatorem, & illam actionem non esse dandam creditoribus; nam ibi nullum legatum debiti reliquit testator, sed assignavit onus æris alieni aliquibus hæredibus cæteros ejus immunes fecit; alioquin proportionibus hæreditariis solvendum erat: l. ea quo 6. C. famul. er. c. l. 2. C. de hæred. vel action. vend. l. pacto 26. C. de pact. l. 1. C. si cert. petat. l. in re communi 9. & ibi Faber in ration. Donel. lib. 7. comment. jur. civ. l. c. 1. Cujac. lib. 6. respons. Papin. in l. qui non militaverat 78. ff. de hered. instit. & lib. 17. questio. Papin. in l. si testamento 49. §. ff. de fidei iussorib. si enim legaretur quod debebatur creditores essent legatarii & haberent actionem legati ex testamento, & si legatum fuisset de eo, quod eis debebatur, ut constat ex textu in l. liberationem. 3. ff. de liberat. legat. ex qua lege suppletus est textus in d. l. servus 6. §. si testator, qui sic melius interpretatur, quam eo modo quo vult D. D. Francisc. de Amaya lib. 2. observat. cap. 5. num. 2. ubi generaliter docet legatum debiti puri nullum esse; quam sententiam improbavimus in hoc cap. satis nihil or, efficaciter ratione.

Nec nostræ quam defendimus, sententiæ quidquam obstat textus in l. si mulier 3. §. si rem 2. ff. de legat. 3. ubi dicitur ex stipulatione, fideicommissi non posse: l. si de portati 7. §. ult. ff. de legat. 3. l. sicut 49. §. ff. Titio 4. ff. de legat. 1. l. Lucius 93. §. 1. ff. de legat. 3. cum eorum sit ab omni legatario fidei committi posse cui, aliquid datur, vel cui non admittitur, cum possit ei adimitti: l. sciendum 6. ff. de legat. 3. nam ad hoc ut fideicommissum valeat, debet legatarius ex legato commodum sentire verè, non coloratè dicit §. si rem; neque ex eventu, vel casu, sed ex certitudine l. Imperator 70. §. 1. ff. de legat. ut bene docet Oluvald. lib. 8. comment. Donel. cap. 7. liter. A. Cujac. lib. 8. respons. Papin. in l. cum pater 77. §. Titio fratris 31. ff. de legat. 2. ubi est textus elegans, & in §. qui dotale 4. dicit leg. quia ut ait Anton. Fab. in juris. Papin. tit. 6. princ. 7. illat. 4. non potest legari, seu fideicommissi nomine quis unquam in plus onerari quam ad eum ex testatoris iudicio, liberalitate pervenerit: l. filius familiaris 4. §. apud Maternum 3. ff. de legat. 1. l. 1. §. si is qui

qui quadringenta 17. l. ex facto 17. §. non tantum 2. ff. ad S. C. Trebell. quo Fabri loco notari oportet verbum ex liberalitate, quo utitur, ut indicaret solum ejus fideicommittere posse, cui ex liberalitate aliquid dedit testator, & non ex necessitate, ut eleganter loquitur Papinian. in l. unum ex familia 67. §. 1. ff. de legat. 2. ibi: *Nov enim facultas necessaria electionis propria liberalitatis beneficium est: quid est enim quod de suo videatur reliquisse qui quod reliquit, omnino reddere debuit?* facit text. in l. verbis 5. ff. ad leg. Falcid. Et ne omnia percurramus sigillatim, sic intelligenda sunt cætera jura, quæ studentem passim occurrunt, affirmantia non posse fidei ejus committi, cui legatur solum id quod ex alia causa ei debetur, ut tradit Papin. in d. l. verbis. Ergo non solum improbanda non est sententia nostra, qua affirmavimus valere legatum debiti puri relictum creditori, quando ex eo nullum contingit interfuturum, seu aliud commodum legatario præter ipsam actionem legati ex testamento, imò potius laudanda quasi melioribus quam contraria nitatur rationibus & fundamentis: & neque imperatori Justiniano neque Consulto ulli in regula Catoniana nitenti adversetur.

20 Superest mihi ad ultimam perfectionem hujus cap. conciliare Papinian. in l. verbis 5. ff. ad leg. Falcid. cum Paulo in l. debitor 80. §. servus. ff. de legat. 2. quæ loca multum fatigantur Interpretum ingenia. Disquiramus prius de sententia Papiniani, qui docet quod quando dies, aut conditio legatum fecerit, non detur ex legato actio respectu utilitatis brevioris temporis, vel remissionis conditionis tantum, sed respectu totius debiti: & in fin. leg. ait, quod si vivo testatore dies venerit, aut conditio existerit, adhuc duret legatum, quod à principio regula Catoniana non improbat, ubi videtur Papinianum tantum tribuisse illi regulæ, ut tempus illud mortis testatoris non solum extenderit ad tempus testamenti faciendi, sed etiam transtulerit: itaque ejus regulæ mentem eam esse docet, quod sicut legatum à principio improbatum per regulam Catonianam eo colore, quod non posset valere, si testator statim decessisset, non valeat si testator diutius vixerit: à contrario sensu etiam legatum quod valerit nihilominus, si testator statim decessisset, id valeat, quodcumque postea ille decessat. Hæc Papinianus regulæ Catoniæ dedisse videtur. Paulus verò huic regulæ minus dedit, qui tempus mortis, quod principaliter attenditur, non transtulerit, sed tempus testamenti faciendi adjectit: hancque veterem inter Consultos fuisse constat ex l. existimo 98. ff. de P. S. ibi: *Et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea quæ rectè confiterentur res solvi putant, cum in eum casum reciderunt, à quo non potuissent consistere, quæ lex licet in stipulationibus loquatur, rectè ad legata extenditur, quia exemplo stipulationum omnia derivata sunt in legata, l. cætera 41. §. tractari 2. ff. de legat. 2. Atque idcirco dici, varios esse Juriconsultos in hac causa sine pudoris vexatione potest, cum varias fuisse opiniones referat Marcellus in d. l. existimo; & quod ille censuit, nos verum esse credere debemus. Quod ita creditur Cujac. Pet. Fab. Nicol. de Passerib. Pa. cius, & alij, quos refert noviss. Uvissemb. c. disp. 26. n. 25.*

21 Semper tamen ego credidi non solum non esse varios inter se Juriconsultos, sed potius esse in unam sententiam conspirantes, nam Papin. supponit omnino quod nos per tot. hoc cap. docuimus, puta legatum debiti puri, in quo nullum interfuturum est validum & firmum manere, neque illud unquam per regulam Catonianam confirmari: quo præsupposito postea querit, quid erit dicendum si dies, vel conditio legatum fecerint? an eò minus valebit legatum, quod vivente testatore dies advenerit, vel conditio adimpleta sit? D. Hieron. Oroz, de Apicib. Jur. Civ.

Negat ipse Papinianus, ratione illa, quia quod semel constitit, nunquam irritatur; cujus sententiæ sensus hic est: licet adveniente die, vel impleta conditione tota utilitas legati intercidere videatur, quia eadem numero utilitas in pristina, & in præsentis obligatione comprehenditur censetur, non tamen ex eo desinit valere legatum, quod pervenerit ad eum casum, quo nulla in secunda obligatione utilitas reperitur, quæ eadem non sit in prima obligatione; nam & hoc legatum, cujus nullum interfuturum superest præter laxiorem potestatem agendi valet, neque ei obest regula Catoniana, quin à principio teneat & subsistat ratione illa, quam tradidimus supra num. 2. §. seqq. Neque huic interpretationi contrarius est Paulus in d. l. debitor. 82. in illis verbis: *Quod si vivo testatore annus superveniat: dicendum erit inutile esse legatum, quanquam consistere ab initio id est deduci legatum ad eum casum, in quo nullam utilitatem contineat nisi actionem ad agendum, ut interpretati sumus supra in num. 6. §. seqq. non tamen eo sequitur legatum illud non valere: & hæc est sententia Pauli. Itaque rectè sic conciliantur Juriconsulti, neque necesse est inter eos dissensum agnoscere cum Donello lib. 8. commentar. jur. civil. cap. 11. Cujac. lib. 8. respons. Papin. in d. l. verbis 5. ad leg. Falcid. & lib. 12. respons. Papin. in l. donationes 31. ff. de donat. & in l. in ambiguis 85. §. 1. de regul. jur. Anto. Govean. lib. 2. variar. lectio. cap. 27. Anton. Fab. lib. 4. conject. cap. 12. & lib. 17. cap. 10. Balduin. de regul. Caton. Anton. Gomez. 1. tom. variar. cap. n. 7. §. 26. Petr. Fab. in l. initio 29. ff. de reg. jur. Peralta in l. Mavio 66. n. 12. D. D. Melchior de Valentia cum pluribus ab eo adductis ad l. 1. de legat. 1. n. 6. & aliis, quos adducit Oluvald. d. lib. 8. comm. Donel. c. 11. lit. R. Neque necesse est cum ipso Oluvaldo ibid. distinctionem facere inter legata, quæ vindicari non possunt, de quibus loqui ait dictam l. debitor 82. & inter ea, quæ consistunt in specie certa, debita, seu legata; ubi & post conditionem impleam & diei adventum hæc utilitas est in legato, quod propter id datur vindicatio illius rei, quæ aliàs ex obligatione non datur, & de hoc genere legatorum loqui dictam l. verbis 5. Quam quidem distinctio nem est novissimè sequitur D. Sym. de Villalobos in parad. civ. philosoph. parapr. 2. 2. admittere non debemus; non solum ex eo quod nimis restringat regulam generalem, quam nos generaliter sumimus in nostra interpretatione; sed etiam ex eo quod eam evertat text. in l. si mulier. 3. §. si rem 2. ff. de l. 3. ut in superioribus explicuimus. Aliter & non bene Marcus Lyclama lib. 7. membranar. eglog. 7. qui cum erraverit in sententia nostræ quæstionis, non potuit nisi inconcinne conciliare Paulum cum Papinian. Supposuimus in toto hoc c. legatum debiti puri validum esse, & actione ex testamento à legatario illud peti posse: descendit nunc examinanda quæstio illa, an ex his legatis, quibus solum relinquuntur creditori sine ullo interfuturo id quod ei debetur ex alia causa, detrahatur quarta falcidia? Ant. Fab. lib. 4. conject. c. 12. habemus affirmantem in legatis debiti, cujus aliquod interfuturum est, ex toto legato, & non ex interfuturo solo falcidiæ detrahendæ esse: cujus sententiæ ut veram ad quodcumque legatum validum extendimus ex l. si fundus 65. ff. ad l. Falc. ubi verbu ntile sumendum est pro valido legato, & ex his, quæ diximus supra n. 13. verè, nec hæc & seq. quia dandum nõ scit creditor, nã quod per falcidiã detrahatur, pristina actione ipse recuperare potest, ut dixi supra; cum enim liberu sit ei agere alterutra actione, & elegerit actionem legati, quæ sterilior, quia legatu necessariò minuit falcidia; postea residuum poterit petere pristina actione. De qua sententiã nõ bene reprehensus fuit Faber ab Oluvaldo li. 8. ad Don. c. 24. lit. 1. illa n firma est, licet erraverit creditor in eo quod credidit damnum falcidæ abfque ullo*

legatario, quando omiffa aétione priftina ex teftamento petit legatum; illud enim incommodum refarcire potest petendo refiftium ex antiqua obligatione. Neque obftat l. si creditori 28. §. 1. de legat. 1. ubi Marcellus docet legatum hoc per falcidiam non minui; nam ibi non dicit legatum non minui sed hoc non minui, id est debitum non minui, quia per priftinam aétionem integrum fervatur ita ut verbum hoc accipiatur de debito, non de legato. Vel sic non minui, id est non minuat, ita ut per priftinam obligationem quantitas debita non redintegretur. Aut si hæres errore facti non detracta falcidia integrum folverit, & poftea petierit à legatario quantam, quam retinere potuit, exceptione oppofita per legatarium submoveatur. Hoc etiam modo interpretandus est text. in l. 1. §. si quis 1. §. ff. ad leg. falc. Neque sic voluntas teftatoris legatario damnosa est, ut frivola obiectio ait Ofov. id. ex l. 1. §. ff. mand. cum integra quantitas per priftinam aétionem creditor confequatur, & sibi imputare poffit incommodum, quod sentit iterum agendo, quia fcire debebat, ex legatis quando exhausta est hæreditas deduci poffe per hæredem quam falcidiam, & ita sua culpa hoc leve damnum patitur, cum omiffa priftina aétionem, quam per legem falcidiam præcisè diminutionem crediti debeat fufficere. Ex quibus prævalet sententia Fabri contra Donellam Ofov. & Cujacium in d. l. v. v. bis, qui contrariam sententiam tenuerunt.

23 Denique præcisè notandum est Ulpianum & Marcellum in d. l. 28. §. 1. de legat. 1. in exemplum adduxiffe obligationem, quæ provenit ex contractu stipulationis, non ut id fieret exempli gratiã, sed quia vix in toto jure potest inveniri obligatio ex alio contractu, respectu cojus legatum debiti puri fit sine interufurio; nam cum omnes contractus sint ultro citroque obligatorij five illi sint nominati five innominati: l. Labeo 19. ff. de F. S. ut docebimus infra lib. 2. c. 6. n. 4. in fin. debitor ex his contractibus legando, præcisè dat legatum cum interufurio siquidem absque eo, quod reciprocè ei debebatur ex contractu, ipse per legatum liberaliter relinquat quod contrahendo promiferat, ut viciffim ei aliquid aliud daretur. Unde cum sola stipulatio fit contractus, quo nascitur obligatio & aétio personalis, ex parte tantum promifforis. §. alteri 2. l. inst. de inutil. stipul. ita ut formaret legatum sine interufurio, necessariò posuit exemplum, quia cæteri contractus non solum præstant obligationem ex unius ex contrahentibus parte, sed utriusque, text. in l. actionum 2. §. 1. ff. de obl. & act.

24 Aliqui inconsideratè dicunt d. l. 28. §. 1. accipi debere de speciebus illis, quæ referuntur in l. seq. sed quam miserè errent, ipse Ulpianus duplici ratione convincit. Primã, quod in d. §. 1. statuat ipse falcidiam non intervenire ibi: neque hoc falcidia minuat; sed in casibus contentis in l. seq. nemo unquam dubitavit intervenire falcidiam propter interufurium: l. circa 66. l. i. quantitate 73. §. in diem 4. l. §. si quis 10. ff. ad l. falc. ergo ille §. inconcinne accipitur de speciebus illis, quæ in l. seq. continentur. Secunda, quod Ulpianus quasi de re apud Consultos dubia & valde controversa testem adducat Marcellum quasi Authorem, qui specialiter hanc sententiam statuit, ut contingit passim in jure ut videre est in l. 1. §. 3. ff. de usufr. accresc. est nos alibi docuimus, dicens Marcellum hoc putasse ibi; Marcellus putat. De speciebus verò contentis in l. seq. non solum Marcellum sed omnes cæteri Consulti nullo dempro putarunt tale legatum valere; de quo nec ullus uris interpret unquam dubitavit Fatuus ergo & ad insaniam ridendus esset Ulpianus, si in re apud omnes certa testem adduceret Marcellum. Quæ erant ergo necesse est, aliud subterfugium ad d. §. 1. qui no-

stram sententiam amplectendam recusant.

CAPUT IX.

An Regula Catoniana pertineat ad hæreditates: Et an si rectè concipiatur quæstio hæc?

SUMMARIUM.

- Referuntur Cujacij verba affirmantia regulam Catonianam pertinere ad hæreditates.
- Quo modo Cujac. præbet suam sententiam, traditur. Cujacius emendat l. 3. de reg. Caton. Cujacius falsò supponit regulam Catonianam non pertinere ad libertates. Discursus varij Interpretum ad d. l. 3. referuntur.
- Cujacij sententiam, & emendationem Fav. & Ofov. valdè reprehendunt. Negativam sententiam amplectuntur, & eam plurimis rationibus niti docent.
- Anton. Fab. delet verbum conditionales in l. 4. ff. de reg. Cat. Utriusque tam Cujacij quam Fabri emendationes reprobandur. Cisevaldi distinctio ad d. l. rejicitur.
- Difficultas quæstionis ex l. psu Doctorum proponitur. Difficillimam esse conciliationem l. 3. & 4. ff. de reg. Cat. ostenditur. Quæstio hæc, an regula Catoniana pertineat ad hæreditates? non rectè sic concipitur. Impossibile est, ut illa regula ad hæreditates pertineat. Quod impossibile est, non rectè deducitur in consequentiam.
- Quæstio sic concipienda est, an regula Catoniana pertineat ad institutiones hæredum? Regula Catoniana pertinet ad puras institutiones hæredum, & n. 8. Quare Donellus præterierit l. 3. de reg. Cat. Vera est utraque propositio: regula Catoniana non pertinet ad hæreditates: Regula Catoniana pertinet ad puras institutiones, & quare?
- Regula Catoniana operatur in eo instanti, quo perficitur scriptura testamenti. Prior est institutio hæredis quam scitio hæreditatis. De modo inducenda hæreditatis agitur remissivè. Regula Cat. non pertinet ad successiones ab intestato. Improbata institutione per Catonianam, hæreditas deferri ex testamento non potest. Text. in l. 3. de reg. Caton. generaliter accipiendus est.
- Traduntur rationes ad probandum Catonianam pertinere ad institutiones. Argumentum à contrario sensu validum est in jure. Interpretes maè confundunt hæreditatem ipsam cum institutione hæredis.
- Statim à morte testatoris insurgit scitio hæreditatis, & quare? Hæreditas representat personam defuncti. Nihil potest esse ejus, qui nullus est. Hæreditas sub conditione creari per legem non potest. Lex nihil agit quod frustrari possit. Quidquid pendet ex conditione, deficiente ea, evanescit.

Bona

- Dana, quorum dominia non est ubi contineatur, vacantia sunt.
- Dominia & obligationes rerum perpetua sunt. Idem de servitutibus prædiorum dicendum est. Servitutes neque ad tempus neque ex tempore neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt.
 - Preteritis nulli datur hæreditas.
 - Nunquam potuit venire in quæstionem hæreditas conditionalis. Institutio hæredis potest esse conditionalis, non hæreditas. In l. 4. de regul. Catonian. rectè concipitur quæstio de institutione.
 - Verbo legandi, utitur regula Catoniana, hæredis institutio etiam comprehenditur. Omni hæredis institutioni legatum inest, non verò è contrã. Ulpian. in fragm. tit. 24. in princ. expliatur. De legato specialitè sumpto quadam declaratur.
 - Quando agitur de improbanda institutione per Catonianam, nihil de legatis curamus. Quidam modi arguendi reprehenduntur.
 - An lex pen. ff. de regul. jur. proveniat à regula Catoniana? An regula Catoniana sit de numero regularum juris antiqui? Iurisprudentes habuerunt auctoritatem jura constituendi. Expliatur text. in l. 2. §. fin. vers. primus Divus Augustus ff. de orig. jur. Augustus longè maiorem auctoritatem prudentibus dedit. à Catone usque ad Julium Casarem mediavit spatium fere 100. annorum.
 - Lex pen. de regul. jur. non loquitur de institutione invalida propter defectum solemnitatum. Illa lex accipitur de institutione hæredis, qui jure civili non potuit institui. Servus testatoris olim non potuit sine libertate haberi institui. In institutionibus hæredum media tempora non nocent.
 - Detegitur Cujacij error in explicando Ulpiano in fragm. tit. 22. §. 7. & seqq.
 - Explicantur leges 64. §. 9. ff. pro socio & l. 49. ff. ad l. falcid. Servus communis cum libertate hæres instituitur alteri socio accrescit. In his, quæ consocio per servum non possunt acquiri, totus servus alterius esse videtur. Hoc ita observatur; si uni ex dominis res alterius domini nominatim stipuletur. Qua distinctio hæc in re observanda sit proponitur. Interpretatur text. in l. 7. §. 1. ff. de stipulat. servor.
 - Facilius ex extraneo transit res ad servum, & per eum ad dominum; quam ex domino ad servum. Capacitas acquirendi per servos, quæ ab ipsis dominis datur, contra ipsos dominos detorqueri nequit. Nemo concedit jus suum adversus se ipsum Dominica potestas inducitur, ut per servos domini acquirant, non potest converti in hoc, ut domini per servos amittant.
 - Donatio facta servo communi per unum dominum D. Hieron. Oroz de Apicib. Jur. Civ.

- non valet pro ea parte, quæ dominus, & quare. Text. in l. 23. §. fin. ff. de acquir. rer. dom. suppleendus est, ex l. 37. §. cod. tit. Cujacij, & Antonij Fabri emendatio ad dict. l. 37. §. fin. rejicitur.
- Text. in l. 3. ff. de hæred. instit. absque ulla ratione ab Antonio Fabro emendatus integrè lectio servatur. Adjuvatur interpretatio supradicta ex l. 5. ff. de stipulat. servor.
 - Antonij Fabri tertia ratio reprobandur.
 - Ejus altera ratio ex l. pen. de regul. jur. cum leg. 4. de regul. Caton. proponitur, ponderatur, & dissolvitur. In conditionali hæredis institutione non defertur hæreditas ante impletam conditionem. Cujacius à reprehensione Antonij Fabri, & Ofov. valdè vindicatur, & num. seq.
 - Sententia Cujacij probatur ex l. 59. §. 4. de hæred. instit. In legatis conditionalibus tempus existentis conditionis inspicitur. Id, quod pendet ab aliquo eventu, adhuc non est, idè non rectè queritur, an debeatur? Explicatur text. in l. 49. §. 1. de hæred. instit. & §. 4. inst. de hæred. qual. differ. Superiora reprobandur ex l. 76. §. 4. ff. de legat. argum. à contrario sensu. Vitiosus est institutio, legatum, fideicommissum; si quando eorum dies cedit, inutiliter cedat.
 - Sententia affirmans, Catonianam ad institutiones pertinere, probatur, ex l. 1. c. de necessar. serv. hæred. instit. Tempore Imperatoris Antonini ipso jure nulla erat exat servi testatoris institutio. Regula Catonianna opponitur scriptura ipsi testamenti. Traditur ratio differentie in l. 2. circa legatum & institutionem. Necessario servus hæredis instituto servi nomine bona defuncti venduntur, & quare. Existimatio in personis honestis vitæ æquiparatur. Servus ita institutus, non magis patrimonium, quam infamiam consequitur. Neque legatarius, neque ullus successor particularis tenetur hæreditariis creditoribus.
 - Resumuntur duæ illæ sententiæ: Regulam Catonianam pertinere ad institutiones & Regulam Catonianam pertinere ad hæreditates. Explicatur text. in l. qui filio 38. §. si quis servum 2. ff. de hæred. instit. Regula Catoniana non pertinet ad legata pura, neque ad institutiones servi, cui relinquitur libertas sub conditione, & quare? Quomodo ponenda est species ad dictam leg. 38. §. 1. ff. de hæred. instit. Monet Author posse defendi regulam Catonianam necessarij juris esse, non abundantis.

VT ab hac quæstione nos expedire, & nostram conjecturam aperire rectius valeamus, repetendum est hic quod scripsimus supra c. 4. scilicet regulam Catonianam non necessarij, sed abundantis juris fuisse. Hoc præsupposito Cujacium doctissimum virum affirmativæ sententiæ habemus Præceptorem, qui, lib. 15. quæst. Papin. in l. 3. ff. de regul. Caton. hæc scripsit: Sed adducitur, Regulam Catonianam non pertinere ad hæreditatem, quod est falsissimum: & ex hoc loco (loquitur de d. l. 3. ff. de regul. Catonian.)

E. c. n. x

crux quedam ingeniorum & nam regula Catoniana utitur quidem verbo legati, quod inutile legatum foret &c. sed comprehendit etiam hereditatem ut ius antiquum, ad quod pertinet ex duobus tabularum illo loco, ut quisque legasset, ut quisque heredem faceret etiam in edicto de praestandis legatis continetur etiam hereditas, & hereditatem inutiliter datam initio ex possessione non convalescere. Denique regulam Catonianam pertinere ad hereditatem est aperitissime scriptum, in l. pen. ff. de regul. Caton. 7. & 8. de liber. & posthum. in extraneis instit. de hered. qual. & differ. & in l. pen. hoc tit. Hucusque Cujacius qui eandem amplectitur sententiam, lib. 4. observat. cap. 4. Rebard. ad l. pen. ff. de reg. iur. Forner. lib. 1. rer. quotidianar. cap. 7. & alij plurimi, quos refert Oluvaldus lib. 8. comment. Donel. cap. 13. liter. E. Donel. ibid. Egid. Hortens. in § alio autem modo 4. instit. quib. mod. testam. infirmant. & in § extraneis 5. instit. de hered. qual. & differ. Balduin. de reg. Caton. vers. non modo. Govean. lib. 2. c. 29. Marc. Lyclama merobr. lib. 7. egl. 6. §. 1. aliter ab his omnibus sed parum feliciter.

2. Suam sententiam probant ex l. pen. ff. de reg. Caton. à contrario sensu: nam ex eo, quod ibi dicitur, ad conditionales institutiones non pertinere regulam Catonianam; deciditur à contrario ad puras institutiones illam pertinere: Ipse tamen Cujacius, ut ab objectione l. Catoniana 3. ff. de reg. Caton. se evolvere possit, in illis verbis Catoniana regula non pertinet ad hereditatem, sed hereditates ponit libertates; & sic se ab illa, quem dicit cruce, liberat. Nobis tamen, qui infra affirmabimus c. 10. regulam Catonianam pertinere ad libertates, hæc, etsi interpretatio textus esset; & non factio, non poterat placere, Govean. lib. 1. lect. jur. variar. aliter, & non sine ratione, etsi Fabro, & Osuvaldo non placeat) illam l. 3. non esse intelligendam ait absolute & perpetuo in omnibus hereditatibus; sed in ea hereditate, quæ servo legato relinquatur: cuius dies nisi ab adita hereditate cedere non potest: unica §. libertates 6. C. de caduc. tollend. Egid. Hortens. in § alio autem 4. instit. quib. mod. testam. infirmant. pauld aliter superiora explicat in his verbis. Nam regula Catoniana pertinet tantum ad scripturam, ad verba, sive ad institutionem; non etiam ad hereditatem, id est, sine institutione delatam: puta, non ad eam, quæ domino per servum, aut patri per filium institutum acquiritur: l. 3. de regul. Caton. l. pen. de divers. regul. iur. in hist. 6. ff. de condit. & demonstrat. hæc interpretatio generalior est illa, quam tradidit Goveanus, & etiam dignior, ut sustineatur.

3. Tamen Antonius Faber lib. 12. coniect. cap. 19. cuius sententiam sequitur, & rationes approbat Osuvald. dicit. lib. 8. comment. Donel. cap. 13. liter. E & seqq. neque sententiam, neque emendationem Cujacij ad d. l. 3. potest tolerare: & ejus fundamenta, ut sunt apud Osuvaldum, referam, non enim brevius, neque clarius aliter exprimi poterunt: sic ille ait. Fabri præter l. 3. hoc tit. Prima quia lex Catoniana de legatis solum loquuta, nihil cavet de institutione. Secunda nec cavet de legatis etiam, nec potuit cavere, nisi eo casu quo testamentum valeret; alioqui frustra cavisset, ut inotile fieret, aut non convalesceret, relictum in testamento quod non subsistit: & quod institutio ab initio vitiosa non convalescat, id fit ex regula juris antiqui l. pen. de reg. iur. Non ex Catoniana: nam illæ veteres regulæ, imò & ad institutiones conditionales pertinent quæ si non valent tempore testamenti conditi, non possunt valere deinde, etsi tempore conditiones impedimentum sublatum sit. Uti enim in pura institutione expectantur tria tempora testamenti, mortis, & aditionis, ita & in conditionali sequè tria testamenti, conditionis, & aditionis: necesse est igitur diversam

esse regulam Caronianam ab illa antiqua l. pen. de regul. iur. Tertia: institutio inutilis ex eo æstimatur, quod testamentum inutiliter conditum sit non ex eo, quod non valeret, si testator eo tempore moreretur. Verendum igitur non fuit ne convalesceret, neque invenienda ex hac causa regula à Catone. Secus est in legatis; quæ jure veteri valere; licet si testator moreretur testamenti tempore, non fuissent valitura, modò testamentum subsistat. Nam si testamentum ac institutio valet, omnia etiam in eo contenta: quare necessaria fuit regula Catonis, ne valerent. Quarta; quæ jam sunt inutilia, non possunt denud infirmari. Institutio autem nulla fingi potest, quæ si ab initio vitiosa, posset (etsi regula Catoniana nulla esset, ex post facto convalescere. Quare regula Catoniana ad eas neque necessaria est, neque in eis ullum locum invenit. Institutionis validitas non aliunde, sed illa ex se vires capit, cum sit fundamentum testamenti. Quare necesse est in ea attendi tempus testamenti conditi: legatorum verò validitas pendet ex institutione: quare cum illa utilis sit, necesse est tantum in legatis attendi id tempus, quo debere incipiunt, videlicet mortis si pura. aut conditionis si eam adjectam habeant: neque expectaretur tempus testamenti etiam in puris legatis, nisi regula Catoniana extaret, quæ infirmat legata aliâ valitura. Hæc sunt rationes Antonij Fabri, cui & Osuvaldus assentitur; quibus satisfacere conabimur, postquam aperuerimus hac de re conjecturam nostram.

Ipse verò Antonius Faber argumento, quod Cujacius facit à contrario sensu, ex l. placet, 4. ff. de reg. Cat. oppressus, in d. l. verbum conditionales delendam esse putat, ut potè quod in illam aut dubiè irrepsisset ex glossa imperiti interpretis. Unde video Fabrum incidisse in id vitium circa hanc l. 4. quod Cujacio reprehendit in d. l. 3. pro hereditates reponendi libertates. Osuvaldus verò, cui emendatio Antonij Fabri ulla unquam placuit, illam dictionem conditionales retinendo in d. l. 4. sic ait: à contrario sensu ibi non est arguendum, quia in d. l. de conditionibus institutionibus interrogatus Consultus respondisset de his solis; vel quia ad propositum ipsius id satis erat, adducit exemplum ex l. 22. ff. de donat. nam ex eo, quod ibi ait Consultus in bonæ fidei contractibus donationis speciei non depuri; non rectè deducetur, donatione esse contractum stricti juris. Tamen quia hæc interpretatio generalitatis 4. nimis coagularur, propter quod non esse sequendam illam, quam Goveanus, & alij supra relicti asserunt ad d. l. 3. ipse Osuvaldus, & Faber credunt ita & hæc l. 4. rejiciendam esse putamus interpretationem. Unde constat, à veritatem opinionem eodem vitio laborare.

Inter tam magnos jurisprudentiæ Doctores vix quidquam novum excogitari potest quod Lectoris desiderio satisfaciat, & à juris principijs non abhorreat: difficillima est enim concordia inter d. l. 3. & 4. ff. de regul. Caton. & major illarum oppositio, quam ut tenuitas ingenio mei valeat conciliare: tamen quia jure magna, non tam turpe est vinci, quam contēdisse decorum est; nos etiam vires nostras in hoc certamine, etsi fore non feliciores aliorum, exercebimus. Nunc ad rem Ego purò Cujacij, & alios non rectè concepsisse quæstionem; dū quærit: An regula Catoniana pertinet ad hereditates? illa enim expressè deciditur in d. l. 3. pro negativâ: Catoniana regula non pertinet ad hereditates & hoc verissimū est ac per consequens Cujacio sententiæ meritò reprobat: ad eò, ut impossibile sit ut ad hereditates possit regula illa pertinere: & quod impossibile est, non rectè ponitur in quæstione: non tamen improbanda est illa quæritio rationibus adductis per Fabrum loco supra citato, sed aliis, quas infra docebimus.

Quæstio

6. Quæstio ergo proponi debet sic: An regula Catoniana pertinet ad institutiones? quæ affirmativè resolvitur à contrario sensu in d. l. 4. cuius hæc sunt verba: Placet Catonis regulæ ad conditionales institutiones non pertinere. ergo ad puras pertinet: quia ex institutionibus universis excipiuntur solum conditionales: Et hoc modo bene concipit hanc quæstionem Donel. d. loc. dū ait. Hæc regula pertinet ad institutiones puras, per leg. 4. hoc tit. arg. à contrario, & quia verbum legandi generale continet institutiones l. verbis. 120. ff. de verb. signif. vide Vaconium lib. 4. declar. §. 5. n. 5. & bene etiam ipse Donnellus, quamvis Author damnatus, silentio præterit d. l. 3. quasi loquentem de hereditatibus; & ea de causâ non obstantem huic quæstioni, quæ concipitur de institutionibus eandem sententiam admittere videtur, licet aliquantulum confundat institutionem hæredis cum ipsâ hereditate) Iacob. Gothofr. de regul. iur. in l. qua ab initio 2. 10. ergo utraque propositio est vera, Regula Catoniana non pertinet ad hereditates. ex Papiniano in d. l. 3. & hæc altera: Regula Catoniana pertinet ad puras institutiones, quæ propositiones quomodo intelligi debeant, exaudi.

7. Jam diximus supra cap. 2. ex l. 1. ff. de regul. Caton. illam regulam respicere illud instans, quo perficitur scriptura testamenti; & hanc omnes vires suas exercere improbando legati dationem, & hæredis institutionem, quasi illa inutilis esset, si testator statim deceisset: melius, improbando illam clausulam, quæ scribitur id, quod inutiliter datur, si ve illa sit institutio, sive legatum, sive datio libertatis; ut ex l. 2. C. de necessar. serv. hered. instit. probabimus c. seq. n. 24. Unde necessariò provenit, quod illa regula ad hereditates non possit pertinere: ratio est, quia prior est institutio hæredis & scriptura; in quo instituitur hæres; & postea sequitur hereditatis factio, quæ inducit statim post mortem testatoris ex universitate bonorum, & actionum defuncti; tam activarum, quam passivarum: de cuius indocendæ modò egregiè scripsit D. D. Melchior de Valentia de acquirend. hered. Itaque si regula Catoniana improbat ab initio ipsam scripturam institutionis, ipsamque institutionem; quæ natura ipsa prior esse debet, quam inductio factiois hereditatis, quasi hæc ab illa necessariò nascatur (hæc omnia loquimur de successione testamentaria, quia ad successiones ab intestato certum est regulam Catonianam non pertinere) consequens erit, ut improbanda à principio institutione, hereditatem nullam esse posse, quæ deferatur hæredi scripto: etiam si testator in instanti perfecti testamenti decederet: id eò ad hereditates pertinere non potest Catonis regula: quia antequam hereditas constitui possit, per illam regulam est jam improbanda causa, scilicet institutio, sine qua factio illa hereditatis ex testamento neque nasci, neque esse potest. Unde vera est Papiniani sententia in d. l. 3. affirmantis Catonianam regulam non posse pertinere ad hereditates quia nulla potest esse hereditas testamentaria ex reprobanda institutione, & cancellata (ut ita loquar) scriptura. Et sic illa lex generaliter accipitur de omnibus hereditatibus, quæ possunt ex testamento provenire.

Quò ad veritatem alterius propositionis, nempe Catonianam regulam ad institutiones hæredum pertinere, faciunt ea, quæ n. præced. diximus; quia illa à principio reprobat regulam Catonis, sicuti constat ex d. l. placet 4. ff. de reg. Cat. quæ excipit conditionales tantum institutiones ut docui supra n. 6. Unde non possum non mirari, quomodo in explicanda hac lege confundant Interpretes hereditatem ipsam cum institutione hæredis, quasi idem sit hereditas, ac institutio: & eodem modo possit esse conditionalis hereditas, ac potest esse

se conditionalis institutio. Sic enim Valentia e. loc. n. 26. de hereditate loquens scripsit: Eadem similiter de causa in conditione diversum observatur d. s. heres instit. de hered. inst. iij. ff. de cond. inst. rectè enim sub conditione hereditas relinquitur, cum quandoque existente conditione, revocatur, ut interpretes loquuntur argum. l. quod dicitur 88. in princ. ff. de test. milit. & pauld post. Idemque juris etiam in die incerto locum habet, & institutio ita facta valida est: l. si mater 38. in princ. ff. de vulg. & pupillar. substit. l. in tempus 62. ff. de hered. inst. &c. Quo in loco pro eodem accipit, & facit conditionalem hereditatem, ac conditionalem institutionem; cum diversa sint, & hereditas non possit esse conditionalis, institutio verò conditionem recipere possit, d. s. heres & passim ff. de cond. inst.

Ratio est; quod statim quo testator decedit, sine facto testamento, sive non factu, infurgit legis potestatis, suadente etiam ad id necessitate, factio hereditatis; in qua continentur omnia dominia, & jura, quæ testator vivens habebat; cuius personam hereditas repræsentando vivum adhuc testatorem esse censebatur; & res, & jura in dominio proprio retinere credebatur: l. liber homo 13. §. si servus hereditarius 2. ff. ad leg. Aquil. l. non minus 31. §. 1. ff. de hered. inst. l. legatum 116. §. servo 3. ff. de legat. 1. l. hereditas 34. l. hereditas 62. ff. de acquir. rer. dom. l. nihil est aliud 24. ff. de P. S. D. D. Melchior de Valentia cum aliis plurimis interpretibus d. loc. num. 6. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princ. §. illat. 3. tit. 3. princ. 3. in princ. tit. 11. princ. 1. in princ. & princ. 6. illat. 17. & de errorib. pragmat. dec. 2. error. 3. Cujac. lib. 27. quæst. Papin. in l. si servus 18. ff. de stipulat. servor. & in recitationib. solemnib. in l. cuiuscumque 5. §. si ab alio 17. ff. de inst. act. & in l. nam & Servius 21. §. 1. ff. de negot. gest. alioquin enim verum esset quod omnia bona verè vacantia fierent, cum nihil possit esse ejus, qui nullus est, Seneca epist. 103. l. 1. §. 1. ff. de rer. divij. l. licet 3. ff. de pecul. l. denique 13. §. quasi sum 5. ff. quod vi, aut clam. Valentia dicit. loc. num. 3. Anton. Fab. lib. 8. coniect. cap. 9. Itaque hereditas hæc sub conditione creari à lege non potest; non solum ex eo, quod lex nihil agit, quod frustrari possit, argum. text. elegantis, in l. si filius 16. ff. de liber. & posthum. qua de causa noluit fieri hereditatem ante aditionem in specie leg. filius familiaris 18. ff. ad leg. falcid. ibi: Quamvis placeret mihi extraneo herede institutio fieri hereditatem aditione ejus nò postea si contigerit, ut pater jure peculij occupet bona filij militis, frustratur contra majestatem legis hereditas ab ea semel inducta; de cuius legis explicatione vide quæ scribimus in fra lib. 5. c. 12. sed etiam ex eo, quod quidquid ex conditione pendet: si defecerit conditio, evanescit argum. text. in l. pater 101. & leg. seq. ff. de condit. & demonstrat. arg. cautionis Mutianæ, quæ resolvitur, & rescinditur, si legatarius, seu hæres, fecerit id, quod conditionaliter imponitur ei, ne faciat, l. 5. eod. tit. Idem dicitur de obligationibus, §. omnis instit. de P. O. de quibus vide Donnellum lib. 8. comment. c. 3. & lib. 15. c. 11. Itaque si defecta conditione hereditas conditionalis deficeret (quod præcisè contingere debebat, si daretur hereditas conditionalis) necesse erat, ut bona vacantia fierent, vacant enim naturâ ipsâ illa bona, quorum dominium non est, in quo continentur;

Uterius: dominia non solum, quæ continentur; sed etiam ea, quæ de novo acquiruntur, perpetua sunt, & obligationes rerum, l. obligationum 44. §. 1. ff. de obligat. & act. l. si Stichum 16. ff. de P. O. l. si quis 27. ff. de acquir. possess. l. nemo 55. l. si post. 68. §. si pure ff. de legat. 1. Hortens. in §. ad certum tempus 3. instit. qui testator. dari poss. in §. & quidem naturali 1. instit. de ver. divij. & in §. si quis velit nri. instit. de servit. Item

Hier. Oroz. de Apic. Iur. civ.

E 3

de

de servitutibus prædiorum dicendum est, cum illa nihil aliud sint, quam ipsa prædia qualiter se habent: *l. quid aliud 86 ff. de P. S. l. si ades 32. §. 1. in fin. ff. de servit. urban. prædior. l. qui fundum 1. ff. quemadmodum servit. amittant.* ideoque neque ad tempus, neque ex tempore; neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt *l. servitutes 4. ff. de servit. quia qui acquirit servitutem realem, sit dominus ejus; ideoque vindicare eam potest: 101. tit. si servit. vindicet.* & dominium sub conditione constitui non potest, neque ad tempus extra causam: *leg. pen. C. de legat. quia acquisitio dominij debet habere (ut diximus) causam perpetuam: l. 1. ff. de jur. dot. l. nunquam 3. ff. de acquir. rer. dom. Anton Fab. in rational. ad dist. l. 4. de servit.* Unde si conditionalis esse hæreditas, deficiente conditione & ipsa deficeret; & per consequens dominia omnia rerum defuncti que in hæreditate continuari inceperant, & primo occupanti concederentur; sive is, cujus erat restatus decessisset, sive intestatus: dum tamen possibile esset, ut hæreditas conditionalis daretur.

11 Ergo non bene interpretes confundunt hæc duo, scilicet hæredis institutionem, & hæreditatem: quod diligenter observandum est: & licet in aliquo textu reperitur talis institutio, Titio hæreditatem meam do; nullibi tamen, quo ego sciam, invenitur scriptum Titio hæreditatem meam conditionalem do: inveniri tamen poterit hæc institutio: Titio hæreditatem meam do sub tali conditione; & tunc de hæreditate futura, quæ post mortem testantis à lege potest inducenda est, loquitur similis institutio; quæ sola dici potest conditionalis; aliâ enim viventi daretur hæreditas, quæ impossibilis est, *l. 1. & 2. in fin. ff. de hered. vel. act. vend. l. 1. c. r. 2. §. à patre 4. ff. ad Trebellian. l. si quis 2. §. an nominativum 6. l. neminem 2. ff. de acquir. hered. l. 1. §. si impubere 20. ff. de collat. bonor. l. in adibus 9. §. ult. ff. de donat. l. 1. ff. pro herede l. qui superstitis 9. ff. de acquir. hered. D. D. Melchior de Valentia de acquir. hered. cap. 2. num. 9. Ant. Faber lib. 9. consell. c. 1. in rational. ad l. Papinianus 8. §. quarta 9. ff. de offic. testam. & in jurispr. Pap. tit. 6. princ. 5. illat. 5. & tit. 10. princ. 1. illat. 12. C. ac. lib. 12. respons. Pap. in l. donari 2. §. donationem. 2. ff. de donat.*

12 Ex superioribus rectè declaratum manet, quod nonquam potuit venire in quaestionem hæreditas conditionalis, quia nulla esse potest nisi pura: quidquid enim legis actio est (qualis est creatio, & introductio hæreditatis) conditionem ullam recipere potest: *l. actus 7. ff. de regul. jur. & ita quaestio debet concipi de institutione hæredis, quæ sola potest esse conditionalis: & sic illa concipitur de institutione, & non de hæreditate in dist. l. 4. ff. de regul. Caion. Q. à differentia ardentè observatâ, generaliter verum est dicere, quod Catoniana regula non pertineat ad hæreditas, neque possit pertinere; & quod ipsa regula pertineat ad institutiones puras. Nunc verò rationibus, quibus movetur Anton Faber, nè nobiscum sentiat, respondere debemus suo ordine quæ supra eas scriptimus num. 3.*

13 Ad primam scilicet Antonij Fabri rationem, quod regula Catoniana de legatis solis loquuta nihil cavet de hæreditate; respondeo, verbo legandi, quo generaliter utitur regula hæc *l. 1. ff. de regul. Caion.* etiam comprehendisse hæredis institutionem: sicut fecit Ulpianus de finiendo legatum, ita ut illud distingueret à si teicommissis, dedit unam definitionem, quâ comprehenditur simul legatum, & hæredis institutio in *fragm. tit. 24. in princ. ibi. legatum est, quod legis modo, id est, imperativè testamento relinquatur; l. verbis legis 120. ff. de verb. signif. vide supra hoc cap. num. 6.* Neque

enim dubium est, omni hæredi institutioni legatum inesse, id est, legatum dici posse de omni hæreitis institutione: non verò è contra, omni legato inesse etiam institutionem hæredis: quæ differentia est generis, & speciei; & hæc quidem differentia notari non potest nisi quoad specialius definitur legatum, in *§. 1. instit. de legat. & in l. legatum 36. ff. de legat. 2. ibi: legatum est donatio quadam testamento relicta: ac proinde legatum, & hæreditatem utrumque directè relinqui dicitur ab Ulpiano, & etiam utramque eisdem juris, & temporis esse: l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. à Titio 64. ff. de furt. Unde aperte constat, Catonem generali nomine legati etiam institutionem hæredis comprehendisse.*

Ad secundam Fabri rationem dico, quod quando loquitur de institutione improbanda per regulam Catonianam, nihil de legatis curamus: improbanda enim institutio, quæ est subiectum, cui inhærent legata, ut accidentia: *l. 1. §. 1. in fin. ff. de legat. 3. l. filio præterito 17. ff. de injust. rup. irrit. que fact. testam. l. in testamento 38. ff. de fideicommissar. libertatib. l. ex ea scriptura 20. ff. qui testam. facere poss. illa etiam omni subvertuntur: & ideo licet verum sit, quod quando agimus de improbandis legatis per Regulam Catonianam, debeat supponi valida institutio hæredis; non exinde sequitur, quod non possit agi per illam regulam nullâ habita consideratione de legatis. Quid si in testamento nullum legatum esset relictum: tunc minus pertineret Catoniana ad institutionem: minime; non enim sicut legata pendet ab institutione: institutio etiam pendet à legatis. Et non esset recta consequentia, si quis inferret ita: quando regula Catoniana improbat legata, debet valere institutio hæredis: ergo illa regula non pertinet ad institutiones hæredum; nam licet antecedens verum sit, non sequitur ex eo rectè consequentia.*

Neque obstat dicere, quod institutio à principio vitiosa tractu temporis non convalescat, id provenire ex regulis juris antiqui, non ex regula Catoniana *l. pen. ff. de regul. jur.* Nam respondetur, primò: quod licet non esset regula Catoniana de numero regularum juris antiqui; tamen idem, quod antiqua regula, etiam hæc statuerit, non ex necessitate, sed ex abundantia. Iteòque diximus supra *cap. 4. regulam Catonianam non necessarij, sed abundantis juris fuisse.* Secus ad respondetur, rationem non posse inveniri, quare hæc regula non possit esse de numero regularum juris antiqui: hæc regulæ enim omnes mediâ juris prudentiâ, quæ fuit statim post *leg. 1. 2. tabular.* tempus illud, quod medium fuit usque ad constitutiones Principum, ex interpretatione prudentum constitutæ fuerunt: ut pluribus docuimus supra *cap. 1. num. 3.* prudentes enim jura constituendi auctoritatem habuerunt *§. responsa 9. instit. de jur. natur. gent. & civil. l. & ideo 11. cum duab. seqq. ff. de legib. l. in fando 38. circa finem ff. de rei vindicat. l. 1. §. ult. ff. de tutel. l. 1. ff. de privat. delict. l. si servum 91. §. sequitur. 3. & §. 3. seqq. ff. de verb. obligat. l. si ita scriptum 1. §. 1. ff. de regul. jur. l. si unus 27. ff. de pact. Neque obstat dicere auctoritatem condendi leges prudentibus primùm datam fuisse à Divo Augusto *l. 2. §. ult. ver. primus Divo Augustus ff. de origin. jur. & ideo Jurisconsulti vocantur juris Authores: l. 1. §. interdum 3. ff. de usufruct. accresce.* Nam non sequitur ante eam Jurisconsultos non habuisse illam potestatem amplissimam, sed quod ab Augusto longè major auctoritas, quam antea esset, prudentum responsis accesserit, inducto eo, ut non tam ex causa propria, quam ex ipsius Cæsaris auctoritate de jure responderent: ut scilicet à se ut cetera omnia explicat Anton. Faber in *jurisp. Papin. tit. 2. princ.**

princ. 9. in princ. Unde sequitur, hanc Catonis regulam potuisse esse ex regulis juris antiqui, cum Carolus floruisse medio illo tempore à lege 12. tabular. usque ad constitutiones Principum *§. post hæc 38. leg. 2. ff. de orig. jur.* qui postquam consulatum gessit anno ab urbe condita 555 (teste Carolo Sigon. & aliis, quos retulimus supra *cap. 1. numero 1. in fin.*) usque ad Iulium Cæsarem, qui primus Princeps populi Romani fuit, & à quo primò constitutiones Principum incipi potuerunt, mediavit spatium fere 200. annorum *Cuspin. & Victor. in Jul. & Octav. Casar.* & ut docuimus, regulæ juris antiqui ex responsis prudentum eo tempore medio à lege 12. tabular. usque ad constitutiones Principum dimanarunt.

16 Itaque ut clariùs intelligantur cætera, quæ in secunda ratione ex Antonio Fabro comprehendit Osvaldus, notare oportet, quod in *dist. l. pen. ff. de regul. jur.* Catoniana regula non loquitur de invalida institutione hæredis per quemcumque defectum solemnitaris cujuscumque: quæ omnes solemnitates collectivè necessariæ sunt ad formandum justum testamentum: si enim hoc veller, Consultus non dixisset in *dist. l. pen. quod ab initio inutilis fuit institutio, sed diceret, quod ab initio nullum fuit testamentum:* ergo annotare voluit, institutionem fuisse invalidam, quia fuit hæres institutus ille, qui secundum leges 12. tabular. hæres esse non poterat veluti si servum proprium sine libertate hæredem testator scripsisset *princ. instit. de hered. instit.* ubi verbum olim jus descendens ab interpretatione prudentum significat, ut docuimus supra *cap. 1. num. 3. Ulpian. in fragm. tit. 2. §. servus. 7.* qui quidem servus licet ante mortem testatoris liber factus fuisset, non eo magis hæres esse poterat; quia à principio testamenti facti, si testator decessisset, servus sine libertate hæres institutus inutiliter reperiebatur: & hoc constituit aperte regula Catoniana. Nam *lex 12. tabular.* quando dedit civibus potestatem testandi illa conditione, ut hæredes esse non possint, nisi qui civis Romani fuerint, *l. 1. ff. ad leg. falcid. juncto §. legati 24. instit. de legat. non declaravit,* quo tempore deberent esse civis Romani hæredes, qui instituendi erant, an tempore faciendi testamenti, an verò tempore mortui testatoris: quod regula Catoniana manifestum facit: adeò, ut sicut supra *cap. 4. n. 4.* diximus in legatis statutum fuisse per eandem regulam, nè media tempora nocerent, idem etiam in institutionibus hæredum per eandem statutum fuisset, *l. si quis 6. §. pen. ff. de injust. rup. §. in exirancis 4. instit. de hered. qualis. & differ. l. sed si 6. §. solemus l. quoribus 9. §. servus 16. l. si a ienno 49. §. 1. & legib. seqq. l. liber homo 59. §. si hæres 4. ff. de hered. instit.* Itaque quod Antonius Faber in hac ratione secunda congerit, urgere nos nullatenus potest Idem exemplum, quod de servo proprio sine libertate instituto adduximus, de peregrinis, etiam & de deportatis potest afferri.

17 Antequam ad tertiam rationem Antonij Fabri dissolvendam veniam, obiter monere volo quàm miserè erraverit Cujacius in explicatione Ulpiani in *fragm. dist. tit. 22 §. servo 17.* ubi dicitur, communes servos rectè hæredes institui ab uno ex dominis cum libertate & sine libertate: eum libertate, quasi proprius pro parte instituentis; sine libertate, quasi alienus pro parte socij: Neutro tamen casu rectè instituitur, ut testatoris hæres sit necessarius, & hoc vult Ulpianus, utroque casu perinde esse, sive instituitur cum libertate, sive sine libertate: quævis enim sine libertate instituitur servus communis; tamen non minus partem ejus socio accrescere, totamque hæreditatem ei per servum quasi non hæreditarium acquisitum iri, si in eadem causa maneat: ut de legato dicitur apud Pau-

lum *lib. 3. sent. tit. 6. sentent. communem:* ergo falsa est nota Cujacii asserens, servum communem sine libertate hæredem institutum, esse communem hæredis & socij; cum nullus alius sit hæres nisi socius; quia nullus alius hæres institutus sit, nisi solus servus communis.

Neque errorem Cujacii juvant textus ab eo adducti, nempe, *l. verum 6. §. si servo 9. ff. pro socio text. in l. Plautius 49. ff. ad leg. falcid.* nam in his legibus loquitur Jurisconsultus de legato servo communi sine libertate relicto: & ideo ponitur utrobique sine libertate relicto: quia si cum libertate relinqueretur legatum servo communi, nimis manifestum erat totum legatum ad socium pertinere, neque actione pro socio cum hærede socij communicari debere: ratio est, quia pars servi eo casu socio accresceret, *§. erat olim ult. instit. de donat. l. unica, C. de comm. serv. manumiss.* neque de servo dari possit actio pro socio. Si verò sine libertate servo communi legatum relinquatur; quia pars servi socio non accrescit, magis servum, hæredis, & socij communem esse: tunc enim esset alius hæres, ad quem præter socium servus jure hæreditario pertineret: non tamen ex eo fieret, ut totum legatum non pertineret ad socium (quæ est præcipua illorum textuum quaestio) quia in eo, quod alter dominorum acquirere non potest, perinde habetur servus, ac si esset totus illius domini, cui acquirere potest: *§. servus ult. instit. de stipulat. servor. l. 1. §. communis 4. ff. eod. tit. l. qui bona fide 2. §. si quis 3. in fin. ff. de acquir. rer. dom. Paulus lib. 3. sent. tit. 9. sententia communis l. sed est 25. §. servus 4. ff. de usufruct. l. item 9. ff. dist. tit. de stipulat. servor.* Hæc ita sunt, si servus communis uni ex dominis stipuletur res alterius domini; si verò ab uno ex dominis ipsis stipuletur sine illa adjectione assignando unum dominum, cui stipuletur; tunc obligatio in duas dividitur: quarum una sit inutilis; al'era utilis; neque vitiosus utilis per inutilem *l. 1. §. sed si mihi 5. ff. de verb. obligat. & sic intelligendus est text. in l. proinde 7. §. 1. ff. de stipulat. servor. ibi, sine ulla ad. jectione tunc enim præter eam partem, ex qua promissor, dominus servi est, cæteras aliis dominis acquirat, quod speciale est, Ratio specialitatis in eo consistit, quod multò facilius quidquam ab extraneo transfertur in servum, & à servo in dominum, cui acquiri potest, quasi ejus solus sit servus; quàm ab ullo domino in servum ipsius domini: in persona enim servi ex persona ipsius domini constat jus stipulandi: quod jus videtur servo ademptum, dum stipulatur à domino: nemo enim concedit jus suum adversus se ipsam, facit *l. cum dos 7. ff. de pactis dotal. l. cum filio 11. ff. de legat. 1. l. peto 69. §. mater 2. ff. de legat. 4.* Neque dominica potestas inducta ad solum hunc finem, ut servus domino acquirat, potest efficere, ut servus acquirat contra dominum ipsum; nè contrarium eff. Et non operetur ab eo, ad quem introducta fuit, *l. legat. 4. ff. adimend. legat. l. nulla 25. ff. de legib. l. non tantum 3. §. si emancipatus 5. ff. de bonor. possess. contra tabul. l. naturaliter 19. ff. de legat. 1. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 4. princ. 4. in princ. & princ. 5. in princ.**

Itaque nihil habet commune cum Ulpiano in *d. §. 18 servos. 7.* cum ipse servus communis hæres institutus sit, & nullus alius hæres est, nisi socius; cum quo communis servus esse possit. Ad ea, quæ diximus, non parum facit notat Osvald. *lib. 8. comment. Donel. cap. 6. liter. K.* ubi explicans, quare ex donatione facta ab uno ex dominis non valeat donatio ex illa parte, qua dominus est, *l. per servum 17. §. ff. de acquir. rer. dom. ex qua supplendus est text. in l. qui bona fide 25. §. fin. dist. tit. responderet:* quia illa acquisitio fit etiam domino invito. Ulterius hoc diversum esse in legato ait. Unde

- tam à minore, & qua datur in fraudem creditorum.
- Inutilis datio legati, seu libertatis continet utilem ademptionem legati.
- Inutilis acceptilatio continet utile pactum ad liberandum.
- Explicatur text. in l. ult. §. ult. ff. de aut. & arg. legat.
- 7 Quare diversum statuatur in l. 44. §. 7. ab eo, quod statuatur in dict. l. 3. §. 1.
- Libertas in fraudem creditorum datur sub hac conditione: si eventus consilio respondeat.
- Legatum una conditione ademptum, contraria conditione datum videtur.
- Idem, quod dicitur de servo in fraudem creditorum manumisso, dici debet de servo vendito in perpetuam servitutem, vel pignorato.
- Superiorum legum nova conciliatio traditur, & Cujacii distinctio rejicitur.
- Lex 37. ff. de legat. 2. adjungitur. d. l. 44. §. 2.
- 8 Superioribus acriter obstat, l. 108. §. 1. de legat. 1. Eius species proponitur, & difficultas ponderatur. Accursii interpretationes rejiciuntur. Nova interpretatio §. Ille conciliatur.
- 9 Illa interpretatio fulcitur. ex l. 9. §. ult. ff. de opt. legat. l. 81. §. 9. & l. 44. §. 8 ff. de legat. 1.
- In obscuris capienda interpretatio est, qua minus obstat juris principii.
- Exemplum traditur ex explicatione, text. in l. 1. §. ult. ff. de regul. Caton.
- 10 Explicatur text. in l. 19. §. ult. ff. de pecul. legat. An valeat libertas data servo peculii, quod pater filio legavit?
- Quem sensum habeant verba dict. §. destinatione filij exemptum esse de peculio servum.
- Nota Cujacii, qua supplet §. rejicitur.
- 11 An idem servandum sit, quando legatarius ipse legaverit servum, & postea inutiliter manumiserit?
- Affirmativa sententia amplectitur per leg. 20. de pecul. legat. & quare?
- In duabus his speciebus servo manumissus sit communis heredum testatoris.
- Superiori legi obstat text. in l. 7. ff. de manumiss. Interpretes desperant de conciliatione harum legum.
- Ex diversitate atatum Jurisconsultorum multa jura conciliantur.
- Novas posteriorum Jurisconsultorum ad priores quare admittamus?
- Paulatim jus crescere solitum est.
- Posterioribus Jurisconsulti non potuerunt, quod priores scripserunt, neque è contra.
- 12 Cujacii verba, quibus dict. leg. conciliat, ad litteram referuntur, & refutantur.
- Utroque tempore tam dati libertates, quam mortis manumissoris servus ejus esse debet, ut competat libertas.
- Rei legata dominus non sit legatarius usque ad mortem testatoris.
- Duo insolidum unius rei domini esse non possunt.
- Ut ex post facto appareat, pater, an filius fuerit dominus, in peculio castrensi solum recipitur.
- 13 Altera pars explicationis Cujacii, ut absurda, rejicitur.
- Ex falso antecedenti nihil sequi potest, quod falsum non sit.
- Sententia asserens Catonianam pertinere ad libertates repetitur.
- 14 Nova conciliatio ad supradictas leges traditur.

- Duplex casus distingui debet in l. 7. de manum. Primus proponitur, & explicatur.
- Filiusfamilias consentiente patre rectè manumissit Servum peculii pretio legati.
- Libertus patris etiam dicitur libertus filiorum.
- Pater potest assignare libertum uni ex filiis.
- Assignatio fieri potest sine verbis, sive testamento sive codicillis, sive nutu.
- Quid sit assignare liberum demonstratur.
- 15 Alter casus adaptatur textui, & explicatur.
- Obstat huic secunda speciei difficultas urgentissima, eaque disolvitur.
- Plerumque versiculi legum non referuntur ad versiculum immediatum, sed ad remotiorem.
- 16 Servo alieno libertas directa pure per damnationem, in testamento non potest relinqui.
- Justinianus de legato damnationis loquitur ex §. 4. usque ad §. 8. instit. de legat.
- Quod debeat utroque tempore testamenti, & mortis servus esse manumissoris, provenit à regula Catoniana.
- Sola hac regula respicit tempus testamenti, & mortis testatoris, & n. seq.
- 17 Laudat Author ingenium cujusdam discipuli, qui in publica concertatione subtiliter subsannit omnia, qua in hoc capite continentur.
- Ridet replicam cujusdam, qui in his concertationibus argumentatus fuit.
- Maximus est in jure favor libertatum.
- Responsio ingeniosa discipuli refertur, & laudatur.
- 18 Probatur nostra sententia ex l. 12. de manum. Lex Fabia posterior est regula Catoniana.
- Lex Fabia non respicit tempus testamenti, sed mortis testatoris.
- Inducuntur, & explicantur l. 17. §. ult. l. 12. ff. qui & à quib. manum. l. 3. C. de adulter.
- Quod regula Catoniana non pertineat ad novas leges, cum distinctione accipiendum est.
- 19 Excipiuntur quaedam species libertatum, ad quas non pertinet regula Catoniana.
- Explicatur text. in leg. 4. §. 3. leg. 9. ff. de manumiss. leg. 9. §. ult. qui & à quib. manumiss. leg. 1. Codic. qui non poss. ad libert. perven.
- 20 An libertas legari potest per damnationem? Negativè respondetur, & quare?
- 21 Obstat leg. 25. §. 2. & leg. 70. 1. ff. ad S. C. Trebell.
- Libertas per se inestimabilis est, sed ejus aestimatio venit in universitate bonorum.
- Quod infinita sit aestimatio libertatis, & necessitudinis quomodo intelligatur?
- Explicatur l. 3. §. 3. ff. ad S. C. Trebell.
- 22 Fundamentum contrariae sententiae dissolvitur.
- Res omnes in generali nomine legatarum comprehenduntur.
- Libertates non veniunt in nomine generali legatarum, & n. seq.
- 23 Libertas ceteris rebus major & favorabilior est.
- Libertas majora privilegia meruit, quam vita ipsa, & quare?
- Libertas manente vita adimi non potest, quin alius homo fiat.
- Neque lex neque natura permittit fieri novus homo, nisi per novam conjunctionem.
- Libertas tota à natura est.
- Libertas publicam curam, ut publica res, meruit.
- Libertas, qua semel competit, non potest revocari.
- Ratio introducenda l. Aelia Sentiae tractatur.

Cate

- Ceterarum verum alienatio revocari potest.
- In jure quasi omnino diversa legata, & libertates distinguuntur.
- 24 Ad probandam superiorum distinctionem plurima jura afferuntur.
- 25 Superiori distinctioni obstat. l. 80. de V. S. Eius difficultati dupliciter respondetur.
- L. 77. ff. de legat. 3. explicatur.
- Regula Catoniana ut posterior derogavit legi 12. tabular. in ea parte, qua utrumque tempus exegit ad rectam dationem libertatis.
- Specialia derogant generalibus: & explicatur l. 80. de reg. jur.
- Quod unumquodque certius est, illud magis jus est.
- 26 Explicatur Ulpian, in fragm. tit. 1. §. ut testamento.
- Verbum legandi generaliter sumptum omnium rerum dationem in testamento comprehendit.
- Verbum legati specialiter sumptum non comprehendit libertates legatas.
- Quomodo datio libertatis legatum sit, distinctione nova declaratur.
- Argumentum sit de fideicommissis ad legata, & eorum ratio differenter traditur.
- Legandi verbo lex. 12. tabular. fideicommissa non comprehendit, & quare?
- Post exaurationem fideicommissorum cum legatis reciprocè nominantur.
- 27 Explicatur noviter text. in leg. 7. Cod. de liber. cau.
- Referantur ejus verba, qua plena sunt apicibus juris.
- Proponitur ejus species usque ad vers. cum et si jure.
- Potestatem manumittendi servos proprios domini acceperunt à lege 12. tabular.
- Manumissio concepta in tempus, quo servus alienus sit, non valet.
- 28 Quid statuendum est, si servus manumissus vacitatur controversiam ab herede manumissoris?
- Verbum maximè auget difficultatem.
- Explicatur versic. cum et si jure libertas.
- Heres adeundo hereditatem approbat omnia, qua in testamento scripta sunt.
- In d. vers. agitur de servo heredis, quem testator rectè manumissit.
- 29 An superiora subsistere possint cum regula Catoniana.
- Obicitur ratio urgentissima, qua probari videtur non posse subsistere.
- Libertas à testatore sic data directè, convertitur in libertatem fideicommissariam, & quare?
- 30 Neque id novum esse probatur ex l. 10. §. 4. ff. de testam. tutel.
- Servus sine libertate tutor dari non potest.
- Quare in d. l. 7. dicitur voluntatem, & non libertatem.
- Explicatur leg. 17. ff. de injust. rupt. leg. 38. & leg. sequent. ff. de fideicommissar. libertat.
- An possit ipso jure competere libertas fideicommissaria.
- Quid statuatur per Senatusconsultum Julianum, & quare introductum fuit?
- Distinctio datur inter libertates fideicommissarias, & eas, qua sunt fideicommissaria, cum directè relinquuntur.
- Qua actione mota fuit servo controversia in d. l. 7.
- 31 Proponitur dissimilis text. in l. 33. ff. de pennis.
- 32 Species ejus ab Accursio tradita rejicitur, & Cujacii approbatur.
- Qui sunt dedititij ostenditur.
- Ad conditionalia non pertinet regula Catoniana.
- 33 Difficultas d. l. 33. vers. non secus, proponitur, & explicatur.
- Explicatio Petri Fabri ad leg. 33. non admittitur.
- 34 Explicationi dict. l. 33. obstat lex 26. ff. qui & à quib. manum.
- An ibi Pauli mota superflua sit?
- Modus respondendi Scævola remissivè notatur.
- Servus pignori datus manumissus speciem quandam statuliberi mancipiatur.
- An obstat inter se l. 24. §. 10. Digestis de fideicommissi libertat. & l. 44. §. 7. ff. de legat. 1.
- Explicatio Petri Fabri ad superiores ff. rejicitur.
- Quomodo intelligendus est text. in l. 4. C. de serv. pign. dat. manum.
- 35 Explicatur singulaciter l. 1. §. 2. ff. de jur. Codicil. & n. seq.
- Quaecunque codicillis scribuntur, perinde habentur, ac si essent scripta in testamento.
- Argumentum urgentissimum deducitur contra nostram sententiam ex d. §. 2.
- 36 Anton. Fab. negationem tollit, in vers. ideoque d. §. 2.
- Explicatio Petri Fabri ad dict. §. traditur & probatur.
- 37 Alia elegantior interpretatio ad d. §. praestatur ab Authore.
- Regula Catoniana ipsam scripturam, in qua datur aliquid, respicit.
- Quomodo explicandi sunt text. in l. 26. ff. de adimend. legat. & leg. 41. §. ff. de legat. 3.
- 38 Inferitur explicatio ad leg. ult. ff. de Castren. pecul. & n. 41.
- Illi legi, & l. 4. cod. tit. solum in toto jure ponitur inscriptio de regula Catoniana.
- Anton. Faber illam leg. ult. tribuit Triboniano.
- 39 à Calpurnio Antonij Fabri defenditur Tribonianus, & textus integer servatur.
- Peculium castrense filio adhuc vivente, patris est.
- Ex quocumque contractu per filium est castrensis pecunia patri acquiruntur directa actiones.
- Explicatur Ulpian, in r. 10. §. 1. in fin. ff. de fidejussorib.
- Filiusfamilias in peculio castrensi non est paterfamilias: sed reputatur, & n. seq.
- Duo patresfamilias pro una persona nequeunt haberi.
- Explicatur text. in l. 52. §. 6. ff. de furt.
- Inter patrem, & filium nulla actio famosa potest exerceri.
- 40 Filiusfamilias in peculio Castrensi non est paterfamilias.
- Dum vivit filius, jus patris cessat potius, quam extinguitur.
- Explicatur text. in leg. 4. §. 1. ff. de castrensi. pecul.
- Antonius Faber reprehenditur quò emendationem illius textus.

In

& eo majore facto præterita inutilis manumissio revalidaretur propter durationem voluntatis ejusdem minoris: cum per Eliam Sentiam solum fuisset actus, ut talis libertas à principio non valeret, non verò, ut ex postfacto non convalesceret. Unde colligitur, quod cura ad hunc casum pertineat regula Catoniana, rectè nos adnotasse *superiori n.l. ult. de Regula Caton.* non esse absolute intelligendum, sed sub illa distinctione, quam ibi tradidimus.

6 Aliquid simile ejus, quod scriptum est in *l. si minor 102. sibi vult Papinianus in l. fundum 3. §. 1. de instr. vel instrum. legat.* dum hæc scribit, *Minor viginti annis instruca prædia consobrina sua dare voluit, & quosdam servos prædiorum vivos manumissit; non idcirco servos manumissos præstabitur, quòd ad libertatem pervenire non possunt qui §. conjunctus cum l. servum filij 44. §. si idè 7 ff. de legat. 1.* etiam probat distinctionem, quam supra dedimus inter libertatem datam servo per dominum viginti annis minorem absque probatione causæ manumissionis (de quo intelligi debere hunc §. demonstrat *versic. idem*: & sic ponit speciem etiam Cujac. *ibi ad Pap. & illam quam dominus major dat in fraudem creditorum: in dicto enim §. minor* (sicut diximus ad explicationem *l. si minor 102.*) Regula Catoniana convalescere non sinit libertatem, quam à principio pure improbavit lex Elia Sentia: & idè in legato fundi instructi non comprehenduntur servi, quos minor inutiliter manumissit: quia facto ipso dando libertatem eis, quibus seiebat non posse competere eam, quam absque causæ probatione dederat; subtrahit eos de prædio instructo, cujus ministerio exinde occupatos esse nolit; quibus quantum ex sua parte est, libertatem dedit, & competere eam desideravit, & si hoc non sufficit ad validam libertatem dandam, sufficit ad hoc, ut exempti ex legato, isti servi videantur: ratio est, quia ad hoc, ut de legato quid detraheretur, non est necesse; ut factum, quo detrahi evelimus, teneat, & subsistat: *legatum 24. §. 1. licet 20. ff. de adimend. legat.* nam inutilis datio legati, seu libertatis continet utilem ademptionem legati: sicut inutilis stipulatio acceptionis continet utile pactum liberationis: *l. an inutilis 8. ff. de accepilat. Donel. lib. 8. comment. jur. civil. cap. 17. Cujac. lib. 8. responsor. in dict. l. 24. §. 1. ff. de adimend. legat.* cui legi ait, conjungendam omnino esse: *d. l. 3. §. 1. ff. de instrum. vel instrum. legat.* Neque his obstat text. in *l. ult. §. ult. ff. de aur. & arg. legat.* quia ibi non adimuntur mulieri ornamenta ex eo, quod qui tam ineptè secum homo condi ea deiecit, ineptus est; & ita neque hujus ineptiæ ratio ulla habens debet neque quoad ademptionem legati: *l. servo 13. ult. ff. de legat. 1.* Et hoc modo melius in concordiam reducuntur hic textus, quam, faciendo duplex instrumentum, in *d. l. 3. §. 1. ff. de instrum. vel instrum. legat.* ut voluit Cujac. *d. loc.*

7 Contrarium quoque statutum est in *d. l. 3. §. 1.* deciditur rectè in *l. servum filij §. si idè 7 ff. de leg. 1.* nam ibi data fuit libertas in fraudem creditorum; cujus effectus, seu validitas non respicit tempus, in quo datur, sed tempus, in quo aditur hæreditas ex illo testamento, quo libertas data fuit, ut docuimus supra *n. 3.* & cum illa, que in fraudem creditorum datur libertas, quasi sub conditione data sit, puta, *si evensus respondeat fraudantis consilio*: & hic eventus incertus sit, dum adita sit hæreditas ejus, qui fraudandi animum habuit, ut diximus supra *d. n. 3.* inde est, quod postea adimplerã conditione legatum teneat: nam legatum quod una conditione adimitur, contraria conditione dari certum est. *l. legata 14. ff. de adimend. legat. 1. si post. 68. §. pure 2 ff. de legat. 1.* & post aditam hæreditatem, quæ non aucta fuit à morte testatoris, debeat ab hærede præstari, quia ubi regula Catoniana non est, quæ im-

probat à principio libertatis revaliditatem futuram, sed alia ex causa ea improbatio. provenit, legatum servi tenet: & hoc est quod significatur in *vers. vel si is sit servus*, ubi idè quod in manumisso servo animo fraudandi creditorum, statuitur in servo, qui in perpetuam servitutem venerit, vel qui pignori obnoxius est: in quibus quia illa invaliditas libertatis futuræ non provenit à regula Catoniana, sed à conventionione partium, libertatis datio improbat; legatum tamen tenet quia magis stricta interpretatio sibi locum habet regula Catoniana; quæ in consequentiam improbat libertatis velit etiã, reprobatur esse legatum; ratione illa, meo videri evidenti, quod si non obstat Croniana, id est, si non esset introducta regula Catoniana, poterat libertas à principio inutiliter dari venire ad eum casum, à quo valida futura esse poterat, ut scripsimus supra *hoc c. n. 2.* quia ea sola est, quæ in futurum non sinit valere quod à principio ex aliquo extrinseco impedimento non valuit. Et ita cum libertatis eventus hic futurus, reprobatur à principio certè per Catonianam regulam, etiam improbat esse voluit legatum, cujus validitatis eventus erat etiam incertus pendens ab incertitudine validitatis libertatis; & idè certam etiam invaliditatem legati esse voluit ex certitudine invaliditatis, quam libertatis futuræ imposuit: itaque in consequentiam reprobatur libertatis, que, aliquando possibile erat, ut valeret: reprobatur etiam legatum voluit, quod ex competentia libertatis inutile reddi poterat. Et sic optimè interpretatur & conciliantur supradicti text. in *l. 3. §. 1. ff. de instr. vel instrum. legat.* & *l. servum filij 44. §. si idè 7 ff. de legat. 1.* cui addendus etiam est textus in *l. qui testamento 37. ff. de legat. 2.* ex qua convincitur distinctio, quam adhibet Cujacius ad conciliationem dictarum legum in *lib. 8. responsor. Papirin d. l. 3. §. 1. ff. de instr. vel instrum. legat.*

Unus tamen locus superest, qui non tam quæ superiori numero dedimus interpretationem. Et dicitur everti videatur, ille est textus, in *l. si servus 108. §. si servus 9 ff. de leg. 1.* ubi servus alienus liber esse iustus fuit; & Africanus Jurisconsultus ait, quod si servus alienus liber esse iustus, & legatus sit, per se legato possit rationem illam reddi, quod non debeat obitare legato libertas, cum illa nullius momenti sit: absurdum enim esset per libertatem infirmari legatum, quod per se si datum esset sine libertate valeret. Tum sic libertas directa servo alieno data per regulam Catonianam improbat, ut in *n. antecedent. & seqq.* etiam docuimus: sed hoc non obstante legatum ipsiusmet servi valuit: ergo non improbat, ut diximus *n. super.* legatum vero manumissum, quòd ejus manumissio per Catonianam regulam improbat, hæc difficultas, ut verum fatear, gravissima est, & talis, ut non possit facile dissolvi: nulla enim solutio earum, quas ex Accursio tradit, & sequitur Cujacius *lib. 8. responsor. Pap. ind. l. 3. §. 1. ff. de instr. vel instrum. legat.* nodum huic dissolvere potest. Et ita meo videri hoc unum tantum patet responderi, quod in *d. §. si servus*, servo alieno fuit data libertas sub conditione, quæ defecit vivente testatore: unde cum in improbanda datione hujus libertatis, nihil fecerit Regula Catoniana quia ea ad conditionalia non pertinet: *l. cetera 41 §. tractari ff. de legat. 1.* hinc est, quod possit valere legatum ejus servi, cujus manumissio, ab extrinseco evenit, ut impeditur, puta à conditione defecta, non verò à Regula Catoniana.

Si tamen aliquis sit, qui hanc interpretationem divinatoriã esse dicat, videat Jollanum, qui in *l. cum ita 9. §. ult. ff. de opr. legat.* affirmat, datione libertatis non reddi inutile legatum servi, qui inutiliter manumissus est; sed ex ipsa competentia libertate: & quæstionem proponit, speciemque in servo, cui sub conditione libertas data fuit, quia cognoscebat, quod si pura esset

esset datio libertatis, quia tunc ea improbareret à regula Catoniana; inutile foret etiam legatum ipsius servi. Idem & eodem modo statuitur in *l. fundus 81. §. cum statuliber. 9 & d. l. servum filij 44. §. si statuliberum 8 ff. de legat. 1.* Unde, ut diximus, hæc est propositio evidens, quod si libertas quæ datur per regulam Catonianam improbetur, tunc in consequentiam improbat libertas improbatam maneat etiam legatum ejusdem servi; si verò ab alia lege, vel causa improbetur libertas, tunc inutilis sit datio libertatis; legatum tamen teneat. Uterius, ne si supra dicta interpretatio ad *d. l. si servus 108 §. si servus 9 ff. de legat. 1.* videatur divinatoria; sciant, qui id credunt, in obsecris capiendam esse illam interpretationem, quæ minus à juris principiis abhorret: cujus exemplum nobis interpretes præstant in interpretatione, quam tradunt ad *d. l. 1. §. ult. ff. de regul. Caton.* ubi neque ullum verbum de conditione imposta scriptum reperitur, ex quo possit dici conditionale esse ibi fundi legatum: tamen nè Catonianæ regulæ principiis abhorreat alia quævis interpretatio, interpretes affirmant, illud legatum fundi sua conditione fuisse relictum Donel. & Ofwald. *lib. 8. comment. jur. civil. cap. 11. lit. D. Joan. Daur. de testam. n. 318. Accur. ibid. Doctor. D. Joan. à Pareja in suo otio quadam de regula Caton. num. 21.*

10 Neque superioribus quidquam obstat potest, imò ex his capie interpretationem text. in *l. cum dominus 19 §. ult. ff. de pecul. legat.* ubi pater peculium filio legavit, & filius vivente adhuc patre, servum ejusdem peculij manumissit: qui servus, quia destinatione filij quantum ex se est, præstando ei libertatem, de peculio eum exemit, in legato comprehendit nequit; & idè servus ille communis manet omnium hæredum, qui à patre fuerunt instituti; ratione illa, quam supra dedimus, quod improbatà per Regulam Catonianam libertate, ut improbat in hac specie, quia servo peculij filius absque patris voluntate non potest præstare libertatem *l. filiusfamilias 13. ff. de jur. patronat. l. 2. C. qui manumittit. non poss. l. si servo 20. ff. qui & à quib. manum. liber. non sinit.* in consequentiam improbatum manet ejusdem servi legatum. Non tamen sine numine in dicto textu posuit Consulus illam rationem; nempe, *destinatione filij exemptum esse de peculio servum*, ut intelligamus regulam Catonianam strictè sumptam, solum reprobare legatum per reprobationem libertatis; tunc quando legatum, & libertas ab una, & eadem persona datur, ut docuimus; non verò, quando legatum datur à domino, & libertas à legatario ante mortem testatoris: hoc enim casu, quia datio libertatis à legatario, quamvis inutiliter exercita, species videtur repudiationis legati: rectè jure hæreditario sit omnium hæredum communis hic servus injustè manumissus. Idè Consulus decidit, improbatum legatum servi peculiaris ex destinatione filij: cum enim tota hujus ratio sit, quia testator creditur mutasse voluntatem, quando servo legato dedit libertatem inutiliter; quomodo induci potest mutatio voluntatis ex datione inutili libertatis, quando non ipse testator, sed alius est, qui dat servo, legato libertatem? Unum hoc monere volo, necessitate coactum Cujacium advertere, quod ante verbum *exemptus* poni debeat dictio *qui*, quia sine ea integrum sensum habeat, imò illa posita distortum præbet.

11 Hæc vera sunt etiam si testator antea legaverit servum, & postea eum inutiliter manumiserit; vel è contra, si inutiliter prius manumiserit: *nihil enim interest* (ut ait Martianus in *l. nihilque 20. dict. tit. de pecul. legat.*) ante legatum, deinde inutiliter manumissus sit, an contra: quia eodem modo eximitur in utroque casu de peculio servus & sit communis

D. Hieron. Oroz. de Apicib. Iur. Civ.

hæredum. Martiano tamen ex diametro obstat Africanus Jurisconsultus *leg. duo filijfamilias 7. Digestis de manumiss.* ubi pater duos filios hæredes instituit; qui quidem filij peculiarem servos separatim uterque habebat: filiorum unus servo suo peculiari dedit libertatem vivente adhuc patre, qui utrique filio peculiarem prælegaverat suo testamento, quæritur, cujus libertus sit iste manumissus, an solus manumissoris, an utriusque filij tam manumitterentis, quam alterius? & respondit Consulus sub hac distinctione; quod si testamentum patris prius factum sit, & subsequuta postea manumissio servi, libertum esse solius manumissoris; ratione illa, quia libertum illum etiam pater in peculio legasse videtur filio manumissoris: si verò prius libertas data fuit à filio, & postea pater fecisset testamentum, non videri eam mentem patris fuisse, ut eum, quem filius manumiserat, legaret; & ita eum servum communem esse utriusque filij hæredis, quia non fuit prælegatus ille servus, ergo multum interest, an ante dationem inutiliter libertatis servus legatus sit, an postea. Hinc difficultati succurrebunt Interpretes, & has dictas leges connumerant inter eos textus, quorum conciliatio est impossibilis, nisi ab observantia distinctionis temporum, quibus Jurisconsulti floruerunt, & observato discrimine ætatum Justisprudentum, alioquin cur posteriorum juris Authorum notas ad priores admittimus, ut in *leg. cum quidam 24. Digestis de legat. 2. leg. si id quod ultima. Digestis de capivo. & postlim. revers. leg. decem 116. Digestis de verbor. obligat. leg. pignori: 26. Digestis qui & à quib. manumiss. liber. non sinit. leg. quod enim 12. Digestis ratam rem haberi. leg. Paulus 8. Digestis de prætor. stipulation. l. ultim. Digestis de accepilat. leg. si debitor 91. ff. de solut. leg. si quis rem 30. Digestis de recept. arbit. paulatim enim jus crescere solitum est, quæstum 12. §. sed si fundus 27. ff. de instr. vel instrum. legat. Anton. Fab. in jurispr. l. ap. tit. 11. priac. 8. illat. 26. in fin. Posteriores enim Jurisconsulti non potuerunt quod priores scripserunt, neque contra priores quod posteriores decreverunt.*

Cujacius tamen ad Papin. in *d. l. cum dominus §. ult. 12 ff. de pecul. legat.* postquam fatetur conciliationem harum legum aditam esse in arcanis nature, tentat tamen eas in concordiam reducere his verbis: *videamus quomodo probabiliter in concordia adduci possunt, res ea difficilis, & aditæ pluribus & paulò inferius postquæ Accursij interpretatione efficit, ita ipse fatetur. Probabilis dici potest huic destinationi locum non esse. cum agitur de peculio legato, sed indistinctè legato peculij non contineri servum peculiarem, quem filiusfamilias manumissit vivo patre: contra locum esse, cum quæritur, an ex ea manumissione libertas servo competat, nam si pater filio prius legavit peculium, quam servus filij manumissit, is servus legato quidem peculij continetur ex sententia, & mente patris; quia eo tempore, quo legavit peculium, revera is servus erat in peculio, sed ex sententia, & destinatione filij, qua post insequuta est, quia cum servum manumissit, is servus exemptus est peculio factio legatarij, nec legato continetur, nihil est certius: at manumissio servi licet ab initio fuerit inutilis, convalescit (hoc Cujacij falsissimum est, quia utroque tempore tam datæ libertatis, quam mortis manumissoris servus debet esse ejus, qui libertatem dedit, §. libertas quoque 2. instit. de singular. reb. per fideicom. relic. ut apertius manifestabimus *num. seqq.*) & manumissus libertus efficitur filij manumissoris, quia ex post facto apparuit, manumissorem fuisse dominum servi (hoc etiam falsum est, rei legatæ enim nemo dominus est usque ad mortem testatoris; *l. legatum 80. ff. de legat. 2.* alioquin vivente testatore suo domini essent infolidum unius rei*

F 2

quod

quod esse non potest: l. si ut certo 5. §. si duobus 15. ff. commodat. l. de hereditate 19. §. pater. 3. ff. de castr. pecul. & hoc quod ex postfacto appareat, cujus dominium à principio fuerit, an patris, an filii familias; non in omnibus peculii, sed in peculio tantum castrensi receptum est: l. servum filij 44. ff. de legat. 1. l. proponatur 9. l. de hereditate 19. dist. §. pater. & §. quid autem 5. ff. de castr. pecul. cedente die legati peculij, & regula Catoniana, qua vetat convalescere ea, que ab initio inutilia sunt, non habet locum in libertatibus, l. generaliter §. si homini, ff. de fideicom. libert. l. si privatus §. ult. ff. qui & à quib. manum. liber. non stant. nam regula Catoniana pertinet tantum ad ea, que cadunt à morte testatoris: libertates non cadunt à morte testatoris, sed ab adita hereditate; Et hæc de prioris casu.

33 Ad secundi casus Cujacii explicationem transgredi non debemus, si enim prioris explicatio tot absurda habet, ut obiter notavimus, quomodo potest desinere esse absurdissima sequens, quæ ab ea deducitur, & præcipue mihi pro vero edocenti, regulam Catonianam pertinere ad libertates directas purè datas: quomodo potest quadrare explicatio (et si tot absurda non concinnaret) quæ necesse est supponit, Regulam Catonianam ad libertates non pertinere? ut supponit Cujacius in ultimis verbis. Videmus tamen nos, si desperatè harum legum conciliationis respectu, aliqua dici possint, quæ minus juris principii abhorreant.

14 Mihi ergo videtur, diversos casus esse distinguendos, in dist. leg. duo filij familias 7. ff. de manum. apud Iuriconsultum Afsenum. Primus est de eo servo peculiari, quem filius, postquam pater testamentum fecerat, consentiente patre manumisit: tunc datio libertatis valet, l. filij familias 13. ff. de jur. patronat. l. si consentiente 16. l. nepos 22. ff. de manumission. (quam speciem probavit etiam Gothofredus in dist. text. liter. S.) & de tali casu intelligi debere, ex eo constat, quod supposita libertate validè data concipitur questio de libertate ejus libertus futurus erit iste servus manumisus: nam si data fuisset libertas sine patris consensu, illa non competeret, neque ejus datio valeret. d. l. filij familias 13. ff. de jur. patronat. l. si servo 20. ff. qui & à quib. manum. liber. non stant; idè quæ immatura esset questio, si inquireretur, cui filiorum pertineret libertas: itaque qui questioem de libertate statuit, libertatem rectè datam esse præsupponit; quæ quidem libertas, ut competeret, non poterat dari à filio nisi consentiente patre: Ergo ex suppositione, quod rectè data fuit libertas, queritur, cujusnam erit hic libertus, an solius filij, qui ex consensu patris manumisit, an utriusque? Ratio dubitandi maxima in eo erat, quod iste servus manumisus ex illa datione libertatis fuit factus libertus patris: d. l. si consentiente 17. ac per consequens post mortem patris debebat esse libertus utriusque filij, quia vivente etiam patre, ejus libertus rectè dicitur libertus filiorum: licet 58. §. paternus ff. de V. S. & nisi à patre uni ex filiorum assignetur, communis omnium filiorum libertas fit, tot. tit. ff. de assignand. libert. Tamen contrarium respondit Consultus in eo casu, quo pater fecit testamentum, in quo prælegavit peculium proprium alterutri filio; nempe, libertum esse solum manumissionis filij: rationem tradit in his verbis. Ideo quod cum quoque in peculio legasse videtur, id est, pater, qui voluit per alium manumittere servum, quem in peculio prælegaverat, noluit omni commodo legati filium privare. Itaque pro dominio, quod filius erat acquisiturus, si non manumisus fuisset servus, jus patronatus filio pater assignavit, & libertum cum etiam prælegatū

fuisset creditur, id est, assignatum; quod potest fieri uni ex filiis: l. 1. tot ff. de assignand. libert. nam cum quocumque modo assignatio fieri possit sive testamento, sive codicillis, sive nudo: d. l. 4. §. assignare 3. quia assignare nihil aliud est, quam cujus ex liberis libertum esse pater velit l. assignare 107. ff. de V. S. Anton. Fab. in juris prudent. Papin. tit. 5. princ. 2. illat. 24. quod signum potest esse efficacius ad demonstrandum illum libertum manumissioni filio fuisse assignatum, quam pater prælegare ei prius cum servum, & postea jubere illum manumittere? præcipue cum Iuriconsultus hanc questionem decidisset ex testatoris præsumpta voluntate, ibi: non videri eam mentem ejus fuisse.

Alter casus est, quando servum peculij ante testamentum patris filius manumisit absque consensu patris: sic enim alteri distinctionis parti speciem ponendam esse, colligitur ex eo, quod disputatur ibi de servo ipso, cujusnam futurus sit servus, an filij manumissionis, an utriusque filij; & respondet Consultus, quod eo casu sit servus communis amborum filiorum, quia pater non videtur, eam mentem habuisse, ut cum, qui manumisus esset, licet inutiliter, legaret; id est, eum servum, exemptum ex peculio destinatione filij, prælegaret: d. l. cum dominus 19. §. ult. ff. de pecul. legat. Neque quidquam obstat dicere, quod Consultus respondeat, utriusque filij servum illum esse eo casu, quo post ejus manumissionem pater testamentum fecisset; & idè aliud de prælegato dicendum fore, scilicet, quod uni filiorum applicaretur servus, si ante manumissionem illum, licet inutilem, à patre testamentum factum fuisset, quod adhuc ex diametro pugnat cum Marcello, in d. l. nihil interest, 20. ff. de pecul. legat. nam ille versic. referendus est ad casum priorem, in quo ut libertus dicitur filio assignatus, inspicit oportet, an consentiente patre ante testamentum, vel post manumissionem sit: Et alter versic. nempe, eumque servum, quoniam prælegatus non esset, mortuo patre amborum servum fuisse, coaptandus est secundo casui, in quo nihil interest, an ante manumissionem illam invalidam, an post eam testamentum fecerit pater. Et lex ita intellecta non obstat dicere leg. nihil interest 20. ff. de pecul. legat. & omnis difficultas leg. si duo filij, oritur ex eo, quod sine ulla distinctione uterque casus per interpretes confunditur; ex qua confusione nobis pertinet separare ea, quæ alterutri speciei concernunt. Neque est solus hic locus, qui explicatur referendo versic. ultimos ad verba priora legis: multa enim similia docuimus supra cap. 6. num. 7. Hæc et si non faciant palato Lectoris, sciat tamen in tam desperatis locis, ubi omnibus interpretibus concordat spes deficit omnino; satis esse aliquid nos excogitasse: unde licet non gloria fructus, saltem vigiliæ laudem apud optimos jurisprudentes mereamur.

Conclusio nostra, qua sustinemus Catonianam pertinere ad libertates, probatur ex eo, quod libertas per damnationem (hoc modo alienæ res omnes legari possunt, & de eo accipiendus est Iustinianus ex §. non solum autem 4. inst. de legat. usque ad §. si eandem 8. d. ii.) servo alieno relinqui non possit ita, ut directa sit, & purè relicta; ratione illa, quia tali donationi libertatis impedimento est Regula Catoniana; neque enim si testator deceisset statim à testamento facto, poterat hæres, qui statim adisset hereditatem, aut hæres necessarius esse: l. optio 13. in ff. de opt. leg. eam libertatem præstare: l. si alienum 49. ff. de hered. inst. Vnde certum est provenire à Regula Catoniana illam regulam antiquam, quæ dicitur, quod ad hoc, servo possit competere libertas; utriusque tempore, servus debeat esse ejus, qui illam dedit, scilicet, tempore testamenti, & mortis: text.

text. in l. servum meum 50. ff. de hered. inst. l. si servo 20. ff. qui & à quib. manum. liber. non stant. l. servus 35. ff. de manum. l. verum 58. ff. de manum. testam. l. ult. ff. de pecul. castr. l. si servo 26. ff. de adimend. legat. l. proponebatur 9. vers. denique eod. tit. de pecul. castr. l. servo tuo 9. C. de testam. manum. §. libertas 2. inst. de singul. reb. per fideicom. relic. in fin. Ulpianus in fragm. tit. 1. §. iusta libertas 23. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 6. princ. 6. illat. 6. & lib. 15. conject. cap. 16. Anton. Gomez 1. variar. cap. 7. num. 4. Cujac. lib. 3. sent. Paul. tit. 4. & lib. 6. respons. Papin. in l. verbis 7. ff. de vulg. & pupillar. substit. Fular. de substit. quest. 8. num. 9. Petrus Faber, lib. 2. semestr. cap. 19. hujus rei plures textus adducit. Quæ regula antiqua non poterat provenire nisi à regula Catoniana, quia sola ea est, quæ respicit tempus testamenti, simul & mortis testatoris ad hoc, ut valeat legatum libertatis, seu qualicumque alterius rei l. 1. ff. de regul. Caton.

17 Cum in publica concertatione hujus materiæ de regula Catoniana præses adessem in hac nostra Pintiana Academia amanitissimo discipulo D. Manneli de Quiros, feliciter dotibus naturæ, & ingenij summo perit ornato; quidam qui argumentabatur post datam superiorem responsum replicando mente sincera dixit, quod sequitur: sicine facis deterioris conditionis naturam libertatis, cujus in jure maximus favor esse debet, §. erat olim inst. de donat. l. generaliter 24. §. si quis servo 10. ff. de fideicom. libertat. cum ad eam extendit regulam Catonianam Fateor certè, quod ego hanc bonæ gratiæ replicam audiens cachinnum vix dissimulare potuerim; & dum ego intus ridebam, sic ei discipulus omni honore dignus satisfacit; regulam Catonianam extendendo ad libertates nullam injuriam, facimus prærogativæ libertatis, quia solum declaramus à quo proveniat in ejus datione jus illud apud antiquam jurisprudentiam perpetuum, scilicet quod debeat esse dominus servi duobus temporibus is, qui manumittitur; nempe, testamenti, & mortis testatoris: itaque disputationis gratia tolle de medio hoc emblema reg. Catonianæ, & obliviscere ejus omnino, ac si nunquam introducta fuisset; nonne adhuc remanebit integra illa sententia ad rectè dandam libertatem directam purè, debere utroque tempore servum esse ejus, qui dat libertatem directam? Consule textus adductos num. super. vel si non vis fateri hoc quod apud omnes sine controversia est, dele eos, cum his enim judicium tuum stare non poterit. Ergo cum extendendo regulam Catonianam ad libertates, his non addamus aliquid amplius quam ut debeat esse utroque tempore servus, qui manumittitur, manumissionis, quia media tempora non nocent, hoc constituenre sic regula Catoniana d. l. servus 50. ff. de hered. inst. d. l. verum 58. ff. de manum. testam. vide supra cap. 4. n. 4. regulam Catonianam non facimus deteriorem conditionem libertatis. Omnes sciunt, quod ad hoc, ut competat libertas, servus utroque tempore debeat esse testatoris; sed ego amplius scio, cum non ignorem, hoc ipsum provenire à regula Catoniana: quia in jure nulla est alia lex; quæ expressè ad utrumque tempus oculos conjiciat. Et hæc uno exemplo declaravit: si multi unum hominem occisum viderent, omnes hi scirent, hominem illum mortuum esse: si verò aliquis eorum sciret etiam, quis fuisset illius homicida, essetne ex eo magis mortuus, quia potest nominari occisor ab eo, qui scit, qui eum occidisset? minime: eodem enim modo mortuus remaneret, & si non cognosceretur, quis homicidium illud perpetrasset: & quod nominari possit, non est in damnationem mortui, sed in gratiam ejus, qui de illo homicidio plus sapit, quam ceteri, qui vident defunctum hoc D. Hieron. Oroz. de Apicib. Iur. Civ.

minem, & nesciunt qui eum occidisset. Sic in regula Catoniana omnes qui primis jurisprudentiæ rudimentis tanguntur, respiciunt naturam libertatis cum supradicto impedimento, nesciunt verò à quo illud proveniret; & quod ego id sciam libertas officere non potest, neque ex eo magis prohibetur ne competat libertas data servo, qui utroque tempore non est testatoris: nam etsi nescirem à quo jure id proveniret, idem impedimentum libertatibus directis obstat: ergo non facimus eas deterioris conditionis; sed id, quod habent, ut deterioratæ maneant, dicimus provenire à regula Catoniana. Hæc scripsi in gratiam charissimi discipuli, qui per se nullo præcedente documento nostro, tam ingeniosum, & materiæ aptum responsum in medium protulit.

18 Ulterius: Paulus Iuriconsultus in l. Favia 12. ff. de manum. hæc scribit: *Lege Favia prohibetur servus, qui plagium admisit, pro quo dominus penam inultæ intra decem annos manumittit; in hoc tamen non testamenti facti tempus, sed mortis intuebitur*, ubi cum in l. Favia, quæ est multò posterior, quam regula Catoniana, statuatur inspiciendum esse tempus mortis testatoris; annuit Consultus in lege antiqua aliud esse, alioquin in supervacua esset hæc nota Pauli advertentis, in hac lege nova tempus novum inspiciendum esse. Idem Paulus in l. si privatus 17. §. ult. ff. qui & à quib. manum. liber. non stant, ait: *In his, quos intra certa tempora non licet manumittere (ut in specie leg. prospexit 12. eod. tit. & l. 3. C. de adult.) si testamentum acceperint libertatem, non testamenti facti, sed competentis libertatis tempus inspiciendum est*. Quibus in locis, dom necesse fuit assignare tempus mortis ad impediendam libertatem datam servo cujus manumissio intra certa tempora prohibetur docetur evidenter, aliud dicendum esse jure antiquo regulæ Catonianæ, si in his novis legibus non assignaretur specialiter tempus mortis testatoris & non tempus facti testamenti. Hæc quid aliud faciunt, nisi non docere sine dubio, regulam Catonianam ad libertates pertinuisse: Unde persevero in ea distinctione, quæ supra hoc cap. n. 4. tradidi, dicendo regulam Catonianam non pertinere ad solas eas novas leges, quibus specialiter statuitur, ut respiciatur tempus aditæ hereditatis, & non mortis, pertinere tamen ad illas leges novas, quæ vel nihil de tempore statuerunt, vel si aliquid disposuerunt, fuit, ut inspiciatur tempus mortis.

19 Neque regula Catoniana pertinet ad illas libertates, quæ vel ex conventionione partium, vel ex voluntate testatoris, vel aliqua lege, aut consuetudine in perpetuum impediuntur, ne competant, l. is qui suus 4. §. illis 9. ff. de manum. (qui tamen textus intelligendus est, si non ante fidè ruptam manumisus est, id est, nisi prius fuerit ex portatus, nam postea manumisus fit liber, ut ex l. si servus exportandus venierit, docet, Anr. Fab. in jurispr. Papin. tit. 5. princ. 2. illat. 23.) l. servus 9. ff. eod. tit. l. ille servus 9. §. ult. ff. qui & à quib. manum. l. 1. C. qui non poss. ad libertat. perven. l. qui pæna 8. §. 3. ff. de manum. in his enim, & similibus supervacua foret regula Catoniana: cum aliunde in perpetuum sit prohibita manumissio servorum. Hæc sufficiant ad probandum, quod præ certo habemus, nempe regulam Catonianam pertinere ad puras libertates directas, quia sola illa est, quæ desiderat utrumque tempus, testamenti scilicet, & mortis. Etsi aliquis adhuc aded protervus sit, ut supradictis fundamentis acquiescere nolit, assignet mihi si tam peritus est, à quo jure poterunt talia provenire interim enim non erudicum eum esse fatebor sed pertinacem.

20 Superioribus obstat videtur illud, quod apud omnes generaliter statuitur, non alienam per

damnationem posse legari; non solum 4. *instit. de legat. ita ut si dominus ejus rei illam vendere nolit, heres teneatur ejus estimationem dare legatario*; ergo & libertas per damnationem servo alieno poterit legari. Sed respondet pro nobis Ulp. *in fragm. tit. 24 §. per damnationem* 8. ibi: *per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint, quae dari possunt, id est, aestimabiles*, ut si dominus vendere nolit, heres ejus estimationem praestando, videatur ipsam rem praestare: at verò libertas inestimabilis est; id est, nulla ejus aestimatio est, quae deberi, aut praestari possit. Ulpian. *in fragm. tit. 2. §. alieno* 10. Gajus *lib. 2. instit. §. libertas* 8. l. *si servus liberum* 9. §. *illud tractari* 2. ff. *de stat. liber. l. libertas* 106. l. *non est singularis* 176. §. 1. ff. *de regul. jur.* Anton. Fab. *in jurispr. Papin. tit. 1. princ. 1. illat. 2. & tit. 12. princ. 8. illat. 22. Cujac. lib. 7. respons. Papin. in l. cum filius* 76. ff. *de legat. 2. id est libertas servo alieno purè relinqui non potest impediende id regula Caroniana.*

21 Sed supradictae solutioni obstat text. in l. *quidam ita §. si quis* 2. l. *si heres* 70. §. 1. ff. *ad S. C. Trebel.* quibus in locis heres tenetur dare estimationem, & pretium servi manumissi; ergo libertas est res aestimabilis; ac per consequens talis, quod legari possit. Huic difficultati satisfacere breviter (ne immoremur in parvis, dum nos majora, & difficillima vocant) estimationem specialem libertatis fieri non posse; quia, ut ait Paul. *in dist. l. non est singularis* §. 1. ff. *de regul. jur. instit. est estimatio libertatis, & necessitudinis*, id est libertas & necessitudo sunt res, quae sub estimatione non cadunt per se & nominatim; sed posse computari ejus estimationem in universitate bonorum, quam restitui jussum fuit; ut contingit in fideicommissaria hereditatis restitutione, de qua loquitur d. §. *si quis*, vel tunc quando heredi in quartam imputantur ea, quae ipse heres alienaverit: l. *Marcellus* 3. §. *res qua* 3. ff. *ad S. C. Trebel.* quae interpretatio acceptè ferenda est Petro fabro *dist. lib. 2. semest. cap. 19.*

22 Ad illam difficultatem, quae totum negotium in hac quaestione facit, & quam nos proposuimus supra in *princ. hujus c. num. 1.* sic respondendum est, distinguendo majorem propositionem, & ut clarius fieri possit, repetam totum syllogismum, qui talis est. Regula Caroniana non pertinet ad illa legata, quorum dies cedit post aditam hereditatem, l. *Caroniana* 3. ff. *de regul. Caroniana*; sed libertatum dies cedit post aditam hereditatem, l. *non cum* 8. ff. *quando dies legat. cedat*: ergo Regula Caroniana non pertinet ad libertates. Distingo majorem hoc modo: Regula Caroniana non pertinet ad illa legata, quorum dies cedit post aditam hereditatem, si res legatae sint talis naturae, & qualitatis, ut in generali nomine legatorum comprehendantur, ut sunt omnes res praeter libertates; concedo majorem: & de hoc genere legatorum loquitur, *dist. l. 3. ff. de regul. Caroniana*: si verò sint res legatae talis naturae, & qualitatis, ut in generali nomine legatorum non comprehendantur, nisi specialiter nominentur, quales sunt libertates; nego majorem, & ita haec non veniunt: in *dist. leg. 4.* quia libertates legatae non significantur nomine legatorum, quo usus est *dist. l. 3. textus*. Sed libertatum dies cedit post aditam hereditatem, concedo minorem: ergo regula Caroniana non pertinet ad libertates, nego consequentiam. Jam superavimus monstrum hujus argumenti, quod hucusque fere omnes Interpretes superaverat. Nunc explicemus distinctionem, quam dedimus.

23 Libertas non comprehenditur in generali nomi-

ne legatorum, ex eo quod ceteris rebus major est, cum à natura ipsa liberaliter prebeatur; & idèd constat, majore privilegia meruisse, quam vitam ipsam; cum partes, qui filiis suis vitam adimere poterant, libertatem auferre non potuerunt. l. *ult. C. de patr. potest. l. in suis* 11. ff. *de liber. & posthum.* libertas enim adèd naturalis est, ut manente vitâ non possit adimi, quin alius homo effici quodammodo videatur: l. *servus* 27. §. 1. in *fin. ff. de adimend. legat. l. qui res* 98. §. *aream* 8. *vers. et si servus ff. de solut.* atqui nec lex, nec natura cuiquam permittit, ut novum hominem faciat, nisi per nov. m. conjunctionem, ut eleganter loquitur Anton. Fab. *in jurispr. tit. 2. princ. 3. illat. 1.* Et libertas non solum in jure nostro, sed apud omnes etiam gentes adèd favorabilis, ut nihil favorabilius existimetur; quippe quae non modò secundum naturam sit, sed etiam tota proveniat à natura: l. *libertas* 12. ff. *de regul. jur. l. manumissus* 4. ff. *de just. & jur.* Et adèd alias quaecumque res excellit, ut publicam curam, quasi publica res meruerit: l. *non esse* §. *neque in ea re ff. quib. ad libertat. proclamare non licet. l. si quis* 53. ff. *de fideicom. libertatib.* Unde factum fuit, ut iam multa contra communis juris regulas favore libertatis constituta passim legamus §. *ult. instit. de donat. l. generaliter* 24. §. *si quis* 10. ff. *de fideicom. libertatib.* quorum multa exempla congestit Anton. Fab. *dist. loc. illat. 2.* Exemplum verò, quod maxime ad nostrum propositum facit, illud est, quod libertas, quae semel competit, aut praestita fuit, revocari nullo modo possit, l. *pen. §. ult. C. de Episcop. & cleric. l. est doris* 3. C. *de jur. dot. l. sicut semel* 20. l. *sicut datam* 26. C. *de liber. consil. cum proponas* 4. C. *de dolo malo l. quidam* 25. §. *si quis filium* ff. *ad S. C. Trebel.* Idèdque introducta fuit lex Alia Sentia ad impediendas libertates, quae in fraudem creditorum dantur, non verò ad revocandas; nam illa competituram impedit, non competentem revocat libertatem, ut egregiè docet Anton. Fab. *in jurispr. Papin. tit. 6. princ. 1. in princ.* Rerum verò ceterarum alienatio cum revocari possit, non fuit lata lex de impedienda translatione: dominij earum, sed edicto Praetoris revocantur: l. *1. & tot. tit. ff. quae in fraud. credit.* Qua distinctione demonstratur, non debere libertates cum ceteris rebus conjungi, neque nomine legatorum comprehendendi rem, quae à ceteris rebus tam summe distat: & ea de causa nisi specialiter nominentur, vix usquam in toto jure veniunt libertates in generali nomine legatorum; & quasi diversa, ferè semper utraque distinctè & speciali nomine exprimuntur.

24 Exemplum hujus differentiae nominationis sumimus à primo illo tempore, quo lex 12. *tabul.* potestatem testandi civibus Romanis dedit, in l. *verbis* 120. ff. *de V. S.* ubi Pomponius explicans, quae potestas data fuerit his verbis: *nisi legasset suae rei, ita jus esto*, ait, la- tissimam potestatem tributam videri, & haereditis instituendi, & legata, & libertates dandi: ubi separando legata, & libertates; ostendit à principio, quo data fuit potestas testandi, in nomine legatorum non venisse libertates, nisi specialiter nominentur, & idèd postquam legata scripsit Consultus, addidit & libertates quasi diversa sint; ipsi enim visum fuit non declarari in potestate absoluta legandi facultatem dandi libertates: ideo utrumque expressit: In *leg. filio praterito* 17. *Digest. de injust. rupt. irritaque fact. testam.* haec Papinianus scripsit: *Filio praterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata debentur.* Ulpianus in l. *in jure civili* 161. ff. *de regul. jur.* sic: *quod ad libertatem, & legata.* Paulus in l. *qui plures* 38. §. *si à patre* ult. ff. *de vulg. & pupill. substit. quamvis co-*

tora,

vera, quae in eodem testamento relicta sunt, per eam additionem confirmantur. puta legata & libertates: i. cum mater 28. ff. *de inoff. testam.* Divus Adrianus de crevis, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates, & legata praestentur: l. *Papinianus* 8. §. *si ex causa* 17. *ead. tit. & libertates ipso jure non valeant, neque legata debeantur* l. *qui repudians* §. *ult. in fin. eod. tit. & idèd libertates competunt, & legata petuntur* l. *qui fundum* 87. §. *si ex parte* 3. ff. *ad leg. falcid.* pendente conditione libertates competunt; legata tota debentur: l. *primo grada* 23. ff. *quae in fraud. credit. libertates quidem, si in fraudem creditorum data non essent, competere: legata verò, si solvendo hereditas non esset, non deberi* his verbis 19. ff. *de adope. & libertatibus prospectum esse, quae secundis tabulis data sunt, & multò magis substituto servo; ut legatarius nemo dubitat*, l. *Stichus* 39. ff. *de marum. testam. nam inter libertatem, & legatum quantum ad hanc causam nihil distat*. l. *dicitur* 14. ff. *de jur. Fisci dicitur ex asse hereditatis ex Silianiano cum filius vindicasset, ut neque libertates, neque legata vacentur*: l. *si fuerit* 10. in *fin. princ. ff. de reb. dub. & verius est in his omnibus etiam legata, & libertates impediri non idèd 66. ff. de rei vindicat. non idèd minus verò, si conditio legati, & libertatis fuerit l. cum filio 9. ff. *ad S. C. Silian. in eum legatorum actio datur, & libertates ratae sunt, l. proponebatur* 9. ff. *de cast. pecul. nam eodem casu, quo libertatem competere diximus, legatum quoque vel debebitur, vel impeditur.* & in aliis pluribus legibus, quae student passim occurrunt. Neque legabantur libertates sed dari dicebantur jure digestorum; quo fiebat, ut legandi simpliciter verbo non poterant comprehendendi; ut scitissime tradit Vaconius *lib. 4. declar. §. 3. num. 2. & seqq.* & melius declarat. §. 5. num. 6.*

25 Sed huic solutioni valde obstat Paulus in l. *in generali* 80. ff. *de V. S.* ubi haec scribit: *In generali repetitione legatorum etiam data libertates continentur ex mente leg. 12. tabular.* ergo in generali nomine legatorum etiam veniunt datae libertates, licet non ex ipsa lege 12. *tabular.* saltem ex illius mente. Cui difficultati dupliciter respondeo. Primum, hoc specialiter per interpretationem prudentum ex mente legis sic interpretata statutum esse nominatim in substitutione, quando legata repetuntur, id est, quando in institutione legata, & libertates relictae sunt; & in substitutione ait testator, se velle, ut valeant legata, & nihil specialiter dixit de libertatibus; nam tunc repetitè etiam libertates intelligantur: non tamen ex eo, quod in substitutione hoc specialiter recipitur, l. *cum in substitutione* 77. ff. *de legat. 3.* sequitur, quod in aliis non sint distinctè nominanda legata, & libertates ita, ut in generali nomine legatorum libertates non comprehendantur: adèd ut ex eo, quod l. *Juriconsulti* ex mente legis 12. *tabul.* ad substitutionem solum extenderint repetitionem illam comprehendere libertates, deducatur rectè in aliis casibus distincta permanere, & non nisi specialiter nominatae libertates nomine legatorum significantur; ut ipsi Juriconsulti indicaverunt in ipsa interpretatione legis 12. *tabul.* sicut constat ex *dist. l. verbis* 120. ff. *de V. S.* aliam interpretationem ad l. 1. *in generali* 8. & l. *cum in substitutione* 77. tradit D. D. Melchior de Valentia ad l. 1. *de legat. 1. num. 6. & 7. cap. 1.* sed illa ad propositum parum apta mihi videtur, & parum subtilis. Aliter etiam responderi egregiè potest, suscipiendone illam propositionem absolute, sine restrictione est casum substitutionis; & fatendo ex ipsa lege 12. *tabular.* fuisse statutum, ut in generali nomine legatorum etiam libertates comprehendere-ntur, adhuc nobis nihil obstat supradictum argu-

mentum: ratio est, quia regula Caroniana, quae posterior est lege 12. *tabul.* ei derogavit, dum specialius decrevit, quod ad validitatem libertatis inspiciantur tempora testamenti, & mortis; ut in utroque tempore qui manumittit, sit dominus ejus servi, qui manumittitur; nam id in jure certissimum est, ut specialia derogent generalibus: idèd significat Papinianus, dum in l. *in toto* 80. ff. *de regul. jur.* ait, *In toto jure generi per speciem derogatur: & illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est*, id est, si plura sunt de eadem re jura, utrum eorum specialius, seu posterius sit; id non solum re, sed etiam nomine alteri derogari: idque demum proprietè jus esse, alterum verò non pro jure, sed pro facto haberi, argum. text. in l. *servis* §. *ult. ff. de legat. 2. l. servitio* 40. ff. *de penis*: & quod unumquodque certius est, illud magis jus est: itaque cum specialiter de libertatibus statutum fuerit, ut diximus, nihil mirum quod in *dist. l. Caroniana* 3. comprehendantur libertates.

Neque etiam obstat, quod Ulpian *in fragm. tit. 1. 26 §. ut testamur* ait: *Ut testamento manumissi liberi sint, lex 12. tabul. facit; quae confirmat, quod datum legatum est*: quia haec verba nihil aliud significant, quam quod post confirmationem ejus manumissionis à lege 12. *tabul.* factam, etiam libertates dandi potestas tributa est; illam enim nemo habet nisi à dicta lege; postquam verò eam facultatem dedit, Pomponius interpretis legis 12. *tabul.* & ceteri Consulti distinxerunt, dicendo; nomine generali legatorum non venire libertates, *dist. l. verbis* 120. ff. *V. S.* illa enim lex usà fuit verbo legandi, quod generaliter sumptum, omnem omnium rerum dationem in testamento comprehendit; non vero ex eo subsequitur, quod verbum legatum specialiter sumptum, etiam libertatem legatam comprehendat. Unde quaeritur apud interpretes, an datio libertatis legatum sit? quam quaestionem affirmativè decidit Duarenus in l. 1. ff. *de legat. 1.* Ant. Genit. l. 1. *lect. c. 17.* Matheatus *epit. legat. l. 1. c. 1. n. 21. & seqq.* Sed contra, & rectius Vaconius *lib. 4. declar. c. 5. n. 1. Govean. in l. si quis* 16. ff. *de vulg. & pupill. substit.* abundè Turamianus *epit. academ. 2. & lib. singul. de exequat. legat. cap. 5.* quorum rationes refert, & comprobat Osvaldus *lib. 8. comment. Donel. cap. 1. lit. N.* Harum tamen duarum opinionum discordia rectè sic uniformari potest: libertatis datio quantum respicit facultatem generalem, quam lex 12. *tabular.* tribuit civibus, dum usà fuit verbo generali legandi, rectè legatum dici potest; Anton. Fab. *in jurispr. Papin. tit. 5. princ. 1. in princ.* ex ea verò parte, quae non respicit potestatem dandi, sed ipsam dationem specialem, (quae quidem datio donatio dicitur, Valentia *de legat. 1. c. 1. num. 15.*) non potest dici legatum propter distinctionem ipsam, quae facta fuit in *dist. l. verbis* 120. ff. *de V. S.* Primi à enim acceptione legatum dicitur omne illud, quod legis modo relinquatur, Ulpian. *in fragm. tit. 24. in princ.* Secunda vero id, quod relinquitur, respicit datam jam rem, non modum dandi: & sic libertatis datio legatum dici non potest.

Uterius etiam obstat videtur, quod idem dici 17 possit de fideicommissis, ac de libertatibus cum etiam fideicommissa ut distincta separatiim à legatis nominentur: l. *querebatur* 19. §. 1. ff. *de milit. testam. l. servis* 4. l. *cum alienam* 10. l. *si universa* 15. l. *non tantum* 19. l. *in legatis* 21. & seq. l. *si legatarius* 25. & seq. C. *de legat. l. 1. C. si omis. sit caus. testam. l. unica C. de his; quae poena nom. l. coharedi* 4. §. *quod si heredem* 3. ff. *de vulg. & pupill. substit. l. si non solum* §. 1. l. *si servum* 28. §. 1. ff. *si quis omis. caus. testam.* & passim in jure; non tamen

ex eo desinunt venire in nomine legatorum, postquam exequatio fideicommissorum ad legata facta fuit: l. 1. ff. de legat. 1. Sed respondendum est, idem si fideicommissa distincte nominari, quia distincta est natura fideicommissorum, & legatorum neque legandi verbo data fuit potestas fideicommittendi per legem 12 tabul. neque illa lex unquam confirmavit fideicommissa, quia ea relinquuntur modo precativo: & maiestatem legis dedecet confirmare ea, quae in prece constitunt, Ulpian. in fragm. dist. tit. 24. in princ. l. etiam 1. ff. de legat. 1. qua de causa ad ea nunquam pertinet regula Catoniana, quia non legis modo relinquuntur, sed à mera hæredis voluntate pendunt; non verò ut legata à sola dispositione testatoris. Denique, quia exequata sunt legati fideicommissa: l. 1. ff. de legat. 1. idem reciproco nomine nominantur: l. 2. C. commun. de legat. & fideicommiss. Præterea, de libertatibus specialiter tantum est: §. libertas 2. inffit. de singul. reb. per fideicommiss. reliq. quod de aliis rebus idem statutum reperies. Ex quibus facile cognoscitur, dist. l. 3. de regul. Catonian. libertates non comprehendere, quamvis eæ ab adita hæreditate cedant, & idem regulam Catonianam ad eas pertinere.

27 Ex dictis in hoc cap. explicandus est textus elegantissimus, non bene adhuc intellectus in l. si ab eo 7. C. de liber. cau. omnia enim, quæ ibi scripta reperuntur, plena sunt apicibus juris: illius verba hæc sunt: Si ab eo cuius servus fuisse, manumissus ex fructu libertatis controversiam sustinet; maxime ab hærede ejus, qui te manumissit: cum eisi jure libertas non procederet, respectu tamen adita hæreditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit. Ponamus speciem in prima parte legis usque ad versic. cum eisi. Testator servo proprio in testamento libertatem directam dedit: quæritur, an servus libertatis, controversiam justè pati possit? & respondit Imperator, neminem illi questionem de libertate legitime moveri posse; ratione illa, quod servus, qui à domino proprio manumissus est (ut colligitur ex principio hujus legis ibi: si ab eo cuius servus fuisse à Domino proprio manumissum fuisse,) tunc quia utitur dominus potestate, illa dandæ libertatis, quam à lege 12. tabul. accepit dist. l. verbis 120. ff. de P. S. qua lege disponitur, dominus licere servos proprios manumittere, ut si manumissio conferatur in id tempus, quo servus alienus foret, non valeat: l. 2. 3. 4. & tot tit. C. de his, qui à non domino manum. sunt l. Stichus 39. ff. de manum. testam. l. nulla 19. & seq. l. curator 2. ff. qui & à quib. manum. liber. non fiant l. qui pæna 8. l. servus 13. ff. de manum. non potest iterum in servitutem revocari; l. sicut semel 20. l. sicut datam 26. C. de liber. cau. vide supra hoc cap. num. 21. Ideo Imperator dicit, frustra libertatis controversiam à servo sustineri, cum frustranea sit intentio ejus, qui controversiam movit contra statum libertati à vero domino manumissi: hæc in principio textus plurquam manifesta sunt, quando à tertio aliquo talis controversia movetur.

28 Quid verò dicendum erit, si illa controversia status mora fuerit per hæredem ejus, qui servum manumissit: tunc etiam affirmandum erit, magis frustraneam esse intentionem hæredis questionem status moventis libertati, quem dominus legitime manumissit: & idem in dist. text. si ab eo, positum verbum maxime augeat rationem in hærede, & traditur illa in versic. seq. quæ solis hæredibus convenire potest; non aliis, qui hæredes non sint, ibi: Cum eisi, jure libertas non processerit, respectu tamen adita hæreditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit; quia cum hæres accipiendo hæreditatem, eam adeat his condi-

tionibus, qui us testator dedit; inde est, quod omne, quod in testamento scriptum est, hæres adeundo hæreditatem approbaverit: cum à matre 14. C. de rei vindic. l. sive possessio 14. C. de evict. ubi etiam ponitur verbum frustra: l. filium 3. ff. de liber. cau. l. successores 10. C. de solut. l. si a patre 24. C. de donat. Oluvald. lib. 20. comment. Donel. liter. XV. Donel. ubi supra, & lib. 20. comment. jur. civil. cap. 6. Cujac. lib. 12. quest. Papin. in l. si libertus 4. ff. de bonis libert. Joan. Dav. de testam. num. 51 Anton. Fab. in rational. ad leg. in conditione 9. ff. de condit. furtiv. object. 6. Frideric. Mindan. de acquirit. possess. cap. 3. num. 9. Unde colligitur, Imperatorem in dist. versic. cum eisi jure, loqui de servo hæredis à testatore directè manumisso; quæ libertas ipso jure competere non potest obstante Regula Catoniana: & hoc modo speciem ponit ad dist. versic. Cujacius lib. 3. quest. Papin. in l. cum vir 42. ff. de usu. cap. & lib. 1. respons. Papin. in l. 1. ff. de pign. Et idem, ut dixi, positum fuit verbum illud maxime, quia hæres respectu aditæ hæreditatis ob id, quod adeundo illam quasi contrahit, & se obligat ad implementum totius voluntatis, & obligationum testatoris; teneri etiam illam, quam testator inutiliter dedit, approbare libertatem.

Superiori vera sunt ex visceribus textus nunc primum in publicum edita; tamen difficillimum est, ut illa cum Regula Catoniana possint conciliari: si enim per nos dictum fuit, servo alieno libertatem directam purè dari non posse, supra hoc cap. num. 16. & cap. 2. num. 8. in fin. (quod & observari debet, etiam si hæres institutor is cuius est servus, qui manumittitur: l. servo suo 9. C. de testam. manum.) quomodo poterit componi, ut servus iste in versic. cum eisi jure sit hæredis, & non proprius testatoris; cum à principio per Regulam Catonianam revocando illam dationem libertatis efficiatur, ut neque ex postfacto convalescere possit libertas hæc data servo alieno? Ergo vel falsum est, quod hucusque diximus: puta, Regulam Catonianam ad libertates pertinere vel hæc textus in dist. l. si ab eo aliter interpretandus est. Nos verò firmiter dicimus, neque superius scripta falsa esse, neque hunc textum alia interpretatione indigere, sed solum nova declaratione. Verum est, ut ex doctissimo viro Jacobo Cujacio docuimus in dist. versic. servum hæredis à testatore manumissum fuisse directè; illam verò libertatem datam, non ut directam subsistere, sed in fideicommissariam converti; & de illa libertate directè datà, & convertà in fideicommissariam loquuntur etiam textus, aduæti num. super. Et hoc certè in jure non est inusitatum, quod directè libertas, quæ obstante Regula Catoniana subsistere non potest ut directè, convertatur aliqua æquitate in fundente in fideicommissariam, & æquitas, quæ in dist. text. versic. cum eisi jure, id suadet, est omnium maxima; videlicet, ut ille hæres, qui commoda sentit per additionem hæreditatis faciendam propria, bona quæ erant defuncti, Oluvald. lib. 8. comment. Donel. cap. 23. ferat etiam hoc onus præstandæ libertatis fideicommissariæ.

Neque, ut dixi, in jure novum est, ut libertates directè datæ in fideicommissarias libertates propter aliquam æquitate convertantur; cuius rei exemplum elegans nobis præstat Ulpianus in l. si hæreditatem 10. §. servus alienus 4. ff. de testam. tutel. ubi dicitur, quod si servus alienus sit tutor datus purè, vel sub hæc conditione, si liber erit, tutor esto, cum libertas illa directè detur propter pupilli favorem, in publicam utilitatem; illam directè datam converti in fideicommissariam: cum certum sit, aliter tutorem dari non posse sine libertate, ut traditur per Imperatorem Justinia

Justinianum in §. 1. inffit. qui testam. tutor dari poss. l. generaliter 24. §. si quis servo 10. ff. de fideicommiss. libertat. l. 2. §. 2. ff. de jur. Codicil. l. eisi non adscripta 9. versic. eisi non suum C. de fideicommiss. libertat. & idem Imperator Aurelianus in dist. l. 7. dist. versic. non dicit, libertatem à testatore datam, quæ directè fuit debere hæredem suo consensu firmare, sed voluntatem defuncti: ut intelligamus per additionem hæreditatis voluntatem defuncti firmatam fuisse ita, ut statim factò ipsius hæredis competiisset servo libertas, quasi fideicommissariè relicta. Eodem modo Papinianus in l. filio præterito 17. ff. de injust. rupt. irritoque fact. testam. in casu, quo filius à patre in testamento præteritus, bonis paternis se abstinet; dicit, libertates à patre datas valere; non scriptis, illas tuendas esse; sed quod voluntas testatoris æquo, & bono tunc tueatur, ubi licet ab intestato succedat alter filius, qui institutus fuit, tamen libertates competent, ac si ex testamento successisset: sine testamento non potuerunt esse directæ; & ea de causa in fideicommissarias, necesse est, converti ut possint competere. Sic etiam in l. in testamento 28. & l. seq. §. 1. ff. de fideicommiss. libertat. directè data libertas alumnæ, venit in fideicommissariam: vide circa d. l. filio præterito, quæ diximus supra cap. 5. num. 19. Cabot. & cum eo Oluvald. lib. 2. comment. Donel. cap. 13. liter. C. Neque obstat dicere, quod libertas fideicommissaria non possit ipso jure competere servo, sed præcisè debeat præstari ab hærede: l. si quis 84. ff. de legat. 2. leg. sed eisi 5. ff. de fideicommiss. libertat. leg. 2. §. 2. de jur. Codicil. qua de causa constitutum fuit Senatusconsultum Justinianum, de qua in l. si cum servum. 28. §. si quis servum. ff. eod. tit. de fideicommiss. libertat. quo stabilitum fuit, ut latitante eo, qui debuit præstare fideicommissariam libertatem per illud Senatusconsultum daretur, quod non introduceretur si ipso jure competeret libertas fideicommissaria, sicut competit directè: §. libertas 2. versic. qui autem, inffit. de singul. reb. per fideicommiss. reliq. l. directis 10. C. de testam. manum. l. si necem. 4. ff. de bon. libert. Nam respondetur, id verum esse in omnibus fideicommiss. libertat. quæ à principio relinquuntur ut fideicommissariæ; in his verò, quæ ut directè datæ sunt, propter hanc æquitatem additionis hæreditatis in fideicommissarias convertuntur, diversum observare convenit, id est, ut ipsa additione competant. Denique & ut etiam has fideicommissarias libertates, quæ postea fideicommissariæ factæ sunt, cum à principio directè datæ erant; alii libertatibus, quæ à principio in fideicommissariæ relicte erant, adæquemus; dici potest per factum ipsum additionis hæreditatis hæredem ipsum manumississe videre eum servum, quem testator manumissum esse voluit: itaque in hærede non est expectandum aliud factum ad manumittendum servum præter ipsam additionem hæreditatis: & sic explicatur rectè meo videri dicta l. si ab eo 7. & ex hac lege ita explicatà ponenda est species, ad l. in ratione 30. §. pen. ff. ad leg. Falcid. in illis verbis: nam si libertatis dies cepit cedere, ut adnotavi supra cap. 2. num. 8. in fine, unde possunt huc plura mutuari. In qua lege si Lector quæsierit, qua actione controversia hæc libertatis servo potuit moveri? respondebo actione præjudiciali, de qua videnda sunt quæ eruditissimè scripsit D. D. Martin. de Larreategui lib. 6. sect. 1. per tot.

31 Adhuc contra nostram sententiam, quæ affirmavimus regulam Catonianam ad libertates pertinere, non leve negotium facit text. in l. fratres 33. ff. de pænis, ubi Papinianus ait, fratres Imperatores rescripserunt servos in temporaria vincula damnatos libertatem & hæreditatem, sive legatum consequi, post-

quam tempus damnationis expleverint: quia temporaria coercitio, quæ descendit ex sententia, pæne est abolitio: si autem beneficium libertatis in vinculis veniat, quod ratio juris, & verba constitutionis libertati refragentur. Ulterius; si testamento libertas data sit; & eo tempore, quo aditur hæreditas, tempus vinculorum solutum sit, rectè manumissus intelligatur servus. Quæ omnia probat Consultus exemplo servi pignorat, quem debitor manumissit in testamento, & pignoris vinculum solutum fuit ante aditam hæreditatem debitoris. Hæc certè ex diametro nobis opponuntur, nam si testator statim, quo servus ad vincula damnatis libertatem, & hæreditatem, sive legatum dedit, deceisset; inutilis eorum datio foret: quia verum esset, quod his servis, quibus non poterat tunc competere libertas propter vincula, ad quæ damnati sunt, ibi in versic. si autem beneficium, ita per regulam Catonianam illa improbantur, ut convalescere nunquam possint, si coercitionis tempus, & vinculorum adimpleatur, antequam dies libertatis cedat, id est, antequam adatur hæreditas ejus, qui libertatem dedit; rectè est manumissio, ut docet Consultus ibi in versic. plane: Ergo constanter dici debet, regulam Catonianam non pertinere ad libertates.

Hæc difficultas conyingeret evidenter; si speciem, 32 quam ponit Accurs. ad d. l. fratres 33. admitteremus, rejectâ verò illâ, casum huic legi ponimus ex Cujacio lib. 2. quest. Papin. in dist. l. 33. hoc modo. Servo relicta fuit libertas sub conditione sicut & hæreditas, vel legatum; pendente conditione ob delictum, quod perpetravit, à Præside provincie in vincula temporaria damnatus est, pæneque sua functus fuit: quæritur, an possit pervenire ad libertatem, & ad hæreditatem, vel legatum expleto tempore; vel an vincula impediunt libertatem quasi non possit fieri civis Romanus, sed sit tantum numero dedititiorum? (qui sunt dedititii vide apud Ulpianum in fragm. tit. 1. §. dedititiorum 11. & tit. 20. §. latinus 14. & apud Cajum lib. 1. instit. tit. 1. §. dedititii 4. novell. 78. in princ. §. liberinorum 3. inffit. de liberin. & de his plura congerit Gothofredus in l. & eleganter 7. §. idem Labeo 7. ff. de dolo malo.) Respondet tamen Papinianus, quod si expleto tempore pæne dies libertatis cedat, eum servum posse capere hæreditatem cum libertate, vel legatum, quæ ipsi servo relicta fuerunt; movetur ratio illa, quia temporaria coercitio, qua descendit ex sententia, pæne est abolitio, id est, ut Cujacius ait, non esse exaggerandam sententiam, quæ præscribit modum, usque quem extendi possit, & ita vincula non nocent libertati futuræ; non illa ratione, quam tradit Cujacius, nempe quia Regula Catoniana non pertinet ad libertates, quorum dies cedit post aditam hæreditatem: l. unica §. libertatibus 5. C. de caduc. tollend. l. nam cum libertas 8. ff. quando dies legat. cedat, quam rationem satis abundè refutavimus supra; sed quia Regula Catoniana ad nullam dationem, quæ conditionalis sit, sive sit libertatis, sive hæredis institutionis; sive legari possit pertinere: placet 4. ff. de Regul. Caton. l. cetera 41. §. tractari 2. ff. de legat. 1. ut docuimus supra cap. 7. num. 3. & 25. Cæterum: etiam positâ specie cum Accursio ita, ut purè data fuisset libertas, & hæreditas, vel legatum; non poterat adhuc nobis ob stare Papinian. in dist. l. 33. si damnatio ad vincula contigerit postquam testamentum factum fuit, & in eo libertas, & hæreditas, vel legatum relicta, si ante mortem testatoris tempus vinculorum etiam consumptum fuerit: nam cum in Regula Catoniana media tempora non noceant (vide supra cap. num. 4.) sed solum inspicitur, an capax quis sit libertatis, & institutionis, vol

Consultus, favore libertatis ita constitutum esse, ut teneat datio illa libertatis; & illam libertatem credi debere ex eo, quod postea contingit; nempe, ut ab initio servum illum patris fuisse apparuisset. Antonius Faber, qui in emendandis Consultorum responsis facilis fuit, hunc textum Tribonianus adjicit, *in jurispr. tit. 11. princ. 6. illat. 12. his rationibus, & fundamentis validissimis*: nam Paulus in his verbis, *videndum est, nunquid ei comparari hic servus debeat, qui cum manu mitteretur: alienus erat; deinde postea acquisitus est*, quibus verbis ait, ostendere aperte, libertatem huic servo competere non potuisse: rationem tradit, quia libertas servo alieno data usque adeo manumissor hæres steterit domino, non ed magis ea confirmetur; neque si cognationis jure legitimus hæres quis fuisse proponatur: *l. si servo 20 ff. qui & a quib. manum. liber. non fiant. l. servo 9. C. de testam. manum. l. servus 35. ff. de manum. testam. §. pen. versic. libertas in fin. insit. de singul. reb. per fideicom. relicta.* Denique in dictis locis asseritur, quod ut competat directa libertas, debeat esse servus ejus, qui dat libertatem utroque tempore, testamenti scilicet, & mortis, ut passim docuimus in hoc cap. (præter in speciali casu *leg. si servi 30. ff. de manumiss. testam.* propter fictionem postliminij) Itaque Antonius Faber infert, illam libertatem datam servo peculij castrensis subsistere non posse, neque favore libertatis. Uterius affirmat, rationem subsequenter contradicere favori libertatis, cum in fine Consultus hæc scribat: *Et ab initio patris esse cum videtur, ex hoc, quod postea contingit, ostenditur: nam si hæc ratio vera est, inquit ille, probat manifeste rationem ipsam juris facere, non favorem libertatis, ut hæc libertas, quæ à patre data fuit, ipso jure valeat: nihil enim obest manumissioni patris, si supponatur, servum illum patris fuisse, ut supponitur: tunc enim non est necessarius favor libertatis, cum ipso jure teneat datio libertatis ab eo, qui dominus fuit tempore testamenti, & mortis, ut passim docuimus. Prosequitur Antonius Faber, tamen illa ratio falsa est, cum enim tractemus cum casum, quo filiusfamilias de castrensi peculio testamentum fecerit, & ejus hæreditatem adierit pater; necesse est fieri, hoc ipso apparere ex postfacto dominium hujus servi non fuisse patris tempore testamenti, sed solius filij: *l. servi 17 ff. de manum.* quia quantum ad hoc attinet, pater est ut quilibet extraneus; & ei non obveniunt bona filij ex testamento tanquam peculium, sed tanquam hæreditas; id est, non tanquam ad patrem, sed tanquam ad alium quemlibet extraneum: *l. 2. l. proponebatur 9 ff. de castren. pecul.* ita hæc Faber, *in d. illat.* quem etiam vide *d. princ. illat. 1. & d. tit. 11. princ. 9. illat. 5.**

39 Hæ rationes Antonij Fabri, evidenter videntur demonstrare falsam esse ratiocinationem Pauli in *d. tit. l. ultim. ff. de castren. pecul.* nos tamen eam toto juris rigore retento veram esse demonstrabimus, & necessarium esse favorem libertatis in eo testamento, ut valeat libertas; etiam si testamenti patris tempore cognoscatur, in hoc casu servum patris fuisse. Horum conciliatio difficilissima erit ei, qui ignoraverit (pauci enim illud sciunt) peculium castrense vivente adhuc filio patris esse; ita ut ex quacumque obligatione per filium contracta respectu peculij castrensis directæ actiones patri per filium; & utiles tantum filio ipsi per se ipsum, acquirantur: nos tamen non ignoramus, verissimam esse illam sententiam, ejusque præceptorem agnoscimus Vlpianum in *l. si ambites 10. §. 1 in fin. ff. de fidejussor.* cujus hæc sunt verba: *In potestate etiam manenti eadem alio competis, si de*

peculio castrensi pro patre solverit. & superius loquutus fuit Consultus de utili actione. Unde colligitur, filium pro patre solvendo ex fidejussione, non acquirere sibi directam mandati actionem contra patrem; sed solum utilem: ac per consequens ex negotiatione facta respectu peculij castrensis utiles sibi actiones, & patri directas, filium acquirere. Neque huic casui quidquam contradicit, si quis dicat, quod ex mandato inito inter patrem, & filium qui pro una persona habentur, sufficiat, ut detur actio utilis respectu peculij castrensis; etiam si adversus cæteros directas sibi filius acquirat actiones. Nam ei respondebo, quod respectu peculij castrensis, ut obligatio inter patrem, & filium consistere possit, pater pro extraneo habetur: quia filiusfamilias in eo peculio pro patrefamilias reputatur: *l. 2. ff. ad S. C. Macedon. & nullibi scriptum reperies, ut duo patrefamilias pro una persona haberi possint.* Uterius, quid boni consequatur statuendo, ut per utilem actionem filius à patre consequatur, quod pro eo solvit: cum respectu finis tam efficaces sint utiles actiones; quam directæ: & ita idem Vlpian, in *l. si quis uxor 32. §. an autem pater 6. ff. de furt.* non dubitaverit dicere de furto peculij Castrensis per patrem perpetrato, dari filio actionem furti contra patrem; & ratione illa, quia quoad illud peculium atinet, pater extraneus filio est, ut *in lege in eo jure 45. §. plane 3. ff. de rit. nupt.* expressus text. in *l. pater 15. §. servus 3. ibi: Quemadmodum si ex utro promississet ff. de pecul. castren. l. ex castrensi 18. eod. tit. l. 1. §. ultim. ff. ad S. C. Maced.* Illa tamen actio furti nomine in factum temperata exercetur, ut Cujacio *lib. 11. quaest. Papin. in l. vinca 5. ff. de act. rer. amov. placuit: quia inter patrem, & filium nulla actio famosa exerceri potest; l. pater 5. §. legib. segg. ff. de obseq. parent. & patron. præstand.* Quibus evidenter apparet, ex eo non acquiri filio nisi utilem actionem contra patrem; quia semper verum est, directas actiones patri per filium acquiri, & solas utiles sibi ex obligatione contracta respectu peculij castrensis: quod & Iustinianus indicat *princ. insit. quibus non est permiff. facere test. vo. f. itaque ibi: Ad parentes eorum jure communi pertinebit.*

40 Notandum tamen est (nè superiora calumnientur) quod licet filiusfamilias in peculio castrensi non sit patrefamilias; quia contradictionem involvit in se, esse quem patrefamilias; & habere peculium: *l. patrefamilias 182. ff. de V. S. D. D. Martin. de Larreategui lib. 1. selectar. jur. disp. cap. 2. num. 2.* tamen in eo pro patrefamilias habeatur, & tantum patrisfamilias vice fungatur: *l. ult. ff. ad S. C. Terent. l. 1. ff. ad S. C. Macedon. l. si quis 6. §. ultim. ff. de injust. nupt. irritæque fact. testam. l. errat 3. C. de castren. pecul.* Itaque ex eo, quod filius patrefamilias non sit, sed vice patrisfamilias fungatur; rectè colligitur, quod in peculio castrensi interim dum filius vivit, patriæ potestatis jus cesset, potiusquam extinguatur: cessent magis directæ actiones, quas pater per filium acquirat, quam extrinqueat, vel nullæ sint; ut indicant supradictæ leges, & colligitur ex *l. miles 4. §. 1. ff. de castren. pecul.* ubi Tertulianus *lib. singul. de regul. Caron.* ait, actionem, persequutionemque castrensiarum rerum semper filium, etiam invito patre, non habere: ubi non diceretur, patrem esse invitum, si nullam actionem, seu persequutionem pater haberet; sed ex eo dicitur invitum, quia cum habeat directas actiones, earum usus ei suspensus est, dum filius vixerit. In quo textu, nescio, quare Antonius Faber *jurisprud. Papin. titul. 11. princip. 6. illat. 7.* pro dictione semper ponendum esse dicat verbum *habet*: cum utriusque in ea lege sit, & rectum sensum faciat. Non enim nominatim

instituti concessum est; filio familias; ut peculium castrense illi situm; aut in bonis esset; sed tantum, ut de eo testamentum fieri possit eodem modo, ac si illi sum, aut in bonis esset. Notandum nominatim concessum fuisse patrem familias esse; sed solum; ut in eo peculio tantum possit, quantum sibi per patrem familias esset: Itaque, cum hæc potestas data filio, extingui possit; quin extinguatur potestas; quam pater jure communi habet in peculio castrensi: ita directæ actiones patris cessant, non vero extinguuntur: nam illa est conditio taciti, & expressi quæ expressa semper nocent, & derogant juri illi quod observabatur, antequam ea ei juri contracta statuerentur: ita etiam vero, & quæ subintelliguntur, & non exprimitur, non derogant superioribus; nisi eo casu, quo abtque derogatione priorum statuta nequeunt expediri: & his cancellis continetur illud, quod dicitur: *expressa nocent; non expressa non nocent: l. non unquam 52. ff. de condit. & demonstr.* Et cum non expressæ, sed tacite subintelligantur, potestatem filij esse; eumque patrem familias in eo peculio esse patriæ potestati id derogare non possit. Ex quibus firmum manet, peculium castrense vivente etiam filio patris esse; ejus tamen dominij effectus interduci; dum filius vivit, patri cessare.

41 Hoc supposito elegans est, Paulus in *l. ult. ff. de castren. pecul.* dum libertate directâ per patrem servo peculij castrensis; in quo pater hæres institutus erat, recurrit ad favorem libertatis, ut datio illius subsistere possit; & consequenter ait; illum servum ab initio patris fuisse illudque ostendit ex eo, quod postea contigit. Nam cum certum sit, dominium peculij castrensis apud patrem fuisse etiam vivente filio; postea agnoscendo patre bona filij non acquisivisse novum dominium servum (de hoc fufius *num. seq.*) quasi pristinum extinctum fuisset; sed illud, quod cessaverat propter facultatem disponendi de eo, quam contributiones Principum dederant filio, apparere cœpit: *l. filiusfamilias 182. ff. ad leg. falcid. ibi: Nam cum apud patrem remaneret; & jure pristinum duraret.* Itaque cum dominium illud, quod pater antea vivente filio habebat, sit; quod & nunc post additionem hæreditatis habet: *l. §. ult. ff. si a patre quis manum. sit.* secundum interpretationem, quam ei dedimus supra c. 5. rectè dicit Consultus ex postfacto, id est, quia non fuit filius alium hæredem extraneum, cum possit; sed eum ipsum; apud quem dominium peculij erat apparere servum à principio, & semper fuisse patris, & hoc ex his quæ postea contigerunt, ostendi. Neque huic interpretationi obstabit, si dicas cum Fabro, ex eo sequi validam fuisse ipso jure dationem libertatis. & non propter ejus favorem hebere subsistit, ut consultus voluit. Nam respondetur, Consultum non dixisse libertatem, quæ ipso jure non valebat, subsistit propter favorem libertatis; sed solum dixit *favorabile esse, libertatem à patre relictam admittit.* Quorum verborum sensus hic est: pater habet dominium peculij castrensis, etiam vivente filio: illud tamen occupatum habet per illam potestatem disponendi de eo peculio, quæ filio data est; quæ quidem potestas dirat toto tempore vitæ filij: ex quo dominium servi patris est, rectè data videtur libertas: ex ea vero parte: quia filio data est facultas alienandi eum servum, etiam invito patre; servus videtur non esse patris, sed filij: item ex ea ratione, quod pater adeundo hæreditatem: filij, bona ejus acquisivit, non ut peculium, sed ut hæreditatem *l. prop. 9. c. 1. dicitur ff. de castren. novum dominium acquisit: pater videtur: pro utraque sententia erant rationes*

D. Hieron. Ore 2, de Apicib. Jur. Civ.

urgentiſſimæ, Consultus vero eas cogitans vigilantè, & videns rem, de qua agitur; scilicet, libertatem ad eum favorabilem esse, ut nulla in jure favorabilior repeririatur (docui supra *num. 20.*) in dubia causa statuit pro libertate sententiam: *l. quosies 20. l. in obſtura 179. ff. de regul. jur.* Anton. Fab. in *Jurispr. Papin. tit. 3. princ. 2. illat. 4.* & hoc est, quod significant verba illa, *sed favorabile esse &c.* Suavis cerè est Cujacius *cum lib. 15. quaest. Papin. in l. 3. ff. de regul. Caron.* doceat regulam Caronianam non pertinere ad libertates, quæ testamento dantur; pertinere tamen ad eas, quæ inter vivos præstantur: voluit si quis alienum servum vindicta manumiserit, & postea ejus servi dominium nactus fuerit: & nunc castum ait notari, *in d. tit. l. ult. ff. de castren. pecul.* ibique à patre inter vivos manumissum fuisse servum peculij castrensis: quod quàm falsum sit, ex verbis ipsiusmet textus colligitur: nam à patre in testamento, non inter vivos datam fuisse libertatem, docet Consultus expressè his verbis: *cum utique pater testamento suo servo filii libertatem dedisset.* quo clarius nihil dicitur potuisse itaque Regulam Caronianam ad omnes libertates directæ pertinere certum est.

42 Ad quod diximus; pater patrem suam hæredem institutum non accipere dominium novum etiam ex testamento succedat in bonis filij castrensis; adeo ut verum est, ut Vlpianus, *in l. 2. de castren. pecul.* in eo casu, quo pater hæredem instituit filium, peculium castrensis pro hæreditate haberi dicat, ita innuens minus proprie hæreditatem dici tunc, quândo pater instituitur. Institutio namque extraneo, fieri non potest, ut non sit verè hæreditas; cum non sit inventum medium ullum præter fixationem hæreditatis: quo possunt ad extraneum transferri bona defuncti; quin prius vacantia fierent: ac institutio patre necessaria non est illa fictio; cum filij bona extranea occupare possit pater jure peculij, nunquam interrupto dominio: & ideo forsitan peculium castrense separatim ab hæreditate: *in l. item veniunt 20. §. 1. in solim 10. ff. de heredit. petit.* quia nihil novi acquirat pater ex testamento; cum æquè ab intestato peculium filij castrense fuerit habiturus. Itaque quando pater instituitur hæres, nulla hæreditas est; illa est extraneo hæredi instituto contingit: neque tunc datur hæreditas ante additionem, sed additione ipsa fit: *l. filiusfamilias 182. ff. ad leg. falcid. ibi: quævis placuerat: mihi extraneo hæredem instituto fieri hæreditas. additione eius vide infra lib. 5. cap. 11.* quo etiam pertinet *l. si servus committit 18. ff. de stipulat. servor.* imprudens enim Paulus esset, dum in extraneo hærede solum contempsisset quæstionem, si in patre hærede instituto idem admittendum esse putaret. Uterius, & cum placeat Paulo etiam in casu extranei hæredis instituti, hæreditatem non fieri nisi additione, hoc est, non prius hæreditatem esse incipere, quàm adatur; consequens est: ut patre hærede instituto non possit fieri hæreditas: ratio est, quia neque pater eam adire potest, cum peculium castrense jam penes se habeat jure potestatis: itaque, si vult illud retinere, non potest videtur hæreditatem adire, qui repudiat peculium; si vult jure suo uti velit, non potest, aut adeundo acquirere, id quod jam suum sit, eo ipso quod non vult sustinere non esse; exemplo ejus, quod de suis hæredibus scriptum est, *in l. in suis 11. ff. de lib. & post. l. in suis 24. ff. de suis, & legit. her. l. 1. §. qui sunt in potestate 7. ff. de quis omiffa cau. testament.* Ergo verum est, quod pater etiam quando ex testamento filij succedit in peculio castrensi, non nascitur sibi novum peculij dominium; sed vetus, remoto obstaculo administrationis filij.

Gg continue

continuetur : ut eleganter (sicut omnia solet) docet. Ant. Fabr. in jurisf. Papin. tit. 11. princ. 9. illat. §. apud quem reperies scriptam dispartitatem hujus casus, & suo:um heredum, & etiam convenientiam. Ex superioribus rectè manet explicatus text. in dist. ult. ff. de castr. pecul. & Tribonianus à calumniis Antonij Fabri optimè per nos vindicatus, & feliciter forsitan quàm per DD. Joannem à Pareja in suo otio quadrim. de Regul. Caton. num. 27. & per Doctorem Athanasium Oteiza, & Olano, qui licèt prolixè de his quaestionibus egerit lib. 4. paralip. cap. 12. num. 28 & seq. hujus tamen legis ult. mentionem non fecit, cum nulla alia difficilior sit in eo titulo, & ut talis emendata ab Anton. Fabro, ut dixi.

Eodem modo interpretanda sunt verba consulti in lego filius 14. §. 1. in fin. ff. de castr. pecul. ibi: *ed paterna verecundia nos movet &c.* Scilicet quòd in re, quæ dubitationes magnas pro utraque habet, æquior sententia jure statuatur; ratione illà, quam tradit Paulus in l. ambiguis. §. 5. ult. ff. de regul. jur. In his verbis: *Quoties aequitate desiderij naturalis ratio, aut dabitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est:* & cum in supradictò §. 1. id contingi, & rem dubiam esse cognoscatur propter dubitationes quas ibi movet consultus; rectè æquior sententiam admittit propter verecundiam patris, non quòd illa ratio speciale jus faciat, nam ipso jure statuitur ibi: *recta sententia;* sed quòd ostendatur ratio, quæ ad eam sententiam stabilendam movit Papinianum, & ad contemnendas alterius partis dubitationes: & cum inter cæteras eluceret jus patris, ideo ejus ratione prodita sententia fuit: quia inverecundè contra patrem statueretur, si ubi utgens ratio pro eo suadet, aliorum Consultus traheretur. Cætera in eo §. scripta, dubitationes pro altera opinione continent: non decisionem ipso jure factam. Eodem genere interpretationis explicantur verba leg. de hereditate 19. §. quid autem §. ff. eod. tit. de castr. pecul. ibi: *favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus.* Hæc diligenter notanda sunt, non solum ut veritas teneri possit; sed etiam, ut non rectam jurisprudentiam effugias ejus Doctoris, qui ait rectà jurisprudentià responsum fuisse ad patrem non pettinere, quòd deliberantibus hæredibus acquirit servus peculij castrensis: hoc enim falsum esse, & ostendimus, & credimus.

43 Retento eodem principio, scilicet, quòd Regula Catoniana pertineat ad libertates; & altero, quòd de peculio castrensi docuimus: explicari debent text. in l. si heres 2. ff. de manum. l. si heres 3. ff. de manum. vindicta l. si miles 3. ff. de testam. milit. quibus in locis dicitur, quòd si servus legatus fuerit ab hærede manumissus, mox legatarius repudiaverit legatum; rectè à principio datam fuisse manumissionem: idemque dicendum esse, & si duobus parè servus legetur, & post alterius manumissionem alter repudiaverit: nam & huic libertas competit. Ratio dubitandi nascebatur ex eo, quòd statim ab adita hereditate, illius servi dominium translatum fuerat in legatarium, nunquam factum hæredis: l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. si mater 3. §. si rem 2. ff. de legat. 3. & ita libertas hæc videbatur data servo alieno: l. 2. §. 2. ff. de jur. codicil. ac per consequens inutiliter data. Ratio tamen decidendi est, quòd dominium rei legatæ rectà vià ab hereditate tunc transire in legatarium creditur, si legatarius postea agnoverit legatum; si verò illud repudiaverit, retrocreditur non fuisse datum ei legatum: l. legatarius 38. §. 1. ff. de legat. 1. l. 1. §. utrum 6. ff. si quid in fraud. patronor.

& quas adduximus supra cap. 2. num. 12. Itaque cum retrocreditur, servum illum semper fuisse hæredis, rectè dicunt Consulti, libertatem directam huic servo legato, rectè datam fuisse ab hærede.

Ex eodem fonte descendit dubitatio ad leg. heres 44. §. qui & à quib. manum. liber. non fiant. ubi Paulus proponit, quòd hæres servum hæredis proprium, quem testator legaverat, manumittendo nihil agat: sed per Regulam Catonianam non irritatur libertas data servo proprio, dum alia lex ei libertati non obest, ut de lege Ælia Sentia diximus supra hoc cap. num. 2. & seqq. & talem libertatem valere testatur Justinianus in §. si res legata 16. vers. si vero heredis instit. de legat. & tunc tenetur hæres dare æstimationem servi manumissi legatario, ut ibi docetur l. si servum 91. §. de illo 2. ff. de V. O. l. quidam 25. §. si quis filium pen. & seqq. ad S. C. Trebell. neque interest, ut sciat, vel ignoret hæres, servum legatum esse: dist. 11. & l. si quis inquilinos 112. §. 1. ff. de legat. 1. facit l. cætera 41. §. ult. eod. tit. l. cum filius 49. §. in hac 2. ff. de V. O. ratio est; quia ad eundem hereditatem, hæres videtur in rem contrahere, & obligationem, suscipere de omnibus etiam, quæ nesciebat: quia non spontè cum legatariis contrahit, l. qui cum alio 19. ff. de regul. vir. & illud est, quòd Papinianus ait in l. cum pater 77. §. surdo 3. ff. de legat. 2. ibi: *nam & ignorantes adstringuntur fideicommissis:* ergo nihil potest obstrare huic servo, ut ad libertatem possit pervenire. Rationem tamen decidendi ex eo sumere debemus, quòd quando ille hæres manumisit servum proprium, non erat solvendo, ut colligitur ex legibus, quæ circumstant illum textum; quæ omnes de illo domino, qui non est solvendo, agunt: & ita lex, quæ intermediat, debet intelligi de eodem domino, qui non est solvendo: quia ex omni causa creditoribus in hac parte lex Ælia Sentia prospexit inter quos, & fideicommissarium esse placuit, ut Hermodenianus docet in l. in fraudem 27. vers. ex omni ff. qui & à quib. manum. liber. non fiant: & illa verba textus, quia scientia, vel ignorantia nullam placè admittit rationem intelligi debent de scientia, vel ignorantia ejus, qui sciebat, vel ignorabat, an legatum ab eo, vel hereditas ei relicta esset: nam tunc scientia, vel ignorantia non prodèst; id est, non refert, an hæres fraudandi legatarij, vel fideicommissarij animum habeat, necne: & quia solum is qui scit legatum à se relictum esse, vel fideicommissum; animum fraudandi habere potest: sine quo libertas non impeditur, & idem jus in eo, qui nescit, statuitur; ideo Consultus ait, hanc sententiam placuisse, quo verbo significat de casu controverso ita specialiter fuisse statutum, ut in l. quæro 32. §. de testam. tutel. l. civis pater 77. §. cum pater 7. ff. de legat. 2. l. mulier 22. §. ult. ff. ad S. C. Trebell. tribus 8. ff. de usufruct. ear. ver. qua usu consum. l. filius familias 18. ff. ad leg. falcid. l. Atugiana. 7. ff. de condit. & demonstrat. §. si quis 4. vers. sic. si quis sibi instit. de inutilib. stipulat.

45 Hæc interpretatio, quæ accepto ferenda est Agid. Hortensio in dist. §. si res legata instit. delegat. meliorem sensum habet, quàm illa tradita ab Antonio Fabro; qui loquens de dist. l. 28. in jurisf. Papinian. titulo quinto, princ. 1. illat. 1. ait: *Atque in a certè accipiendum est, quòd ibi Paulus ait: hereditatem nihil agere manumittendo servum proprium, quem testator legaverat; non utique ne conferat ea manumissione libertatem, sed ut non idcirco se liberet ab actione ex testamento contra eum dandà, non pro servo sed pro servi æstimatione:* nam ibi verbum, nihil agere, non debet referri ad id, quòd hæres non liberetur ab

ab obligatione; sed ad id, quòd ex illa datione non competat servo libertas, quasi data in fraudem creditorum ab eo, qui solvendo non erat. Superest etiam, quomodo intelligi debeant in d. l. verba nihil agere: & certum est, quòd non debeant illa absolute sumi circa libertatem nihil egisse, sed quòd circa præferentem dationem nihil egisset; cum libertas in fraudem creditorum data, non competat tunc quando datur; quia ei obstat lex Ælia Sentia: circa libertatem verò, si aliunde satisfacti postea fuerint creditores, vel remiserint debita, vel libertatis dationem consenserint, multum fecit manumittendo; cum non liceat dominum manumissionis pœnitere, aut mutare factum, quòd semel ei placuit l. si creditoribus 5. Cod. de servo pign. dot. manum. l. si cum optio 14. ff. de opt. legat. facit l. post mortem 25. ff. de adopt. Sic verba nihil agere hunc sensum habent, in l. si à milite 29. §. 1. ff. de testam. milit. l. si filius 7 ff. de jur. fisci. l. generaliter 29. §. 1. ff. qui & à quib. manum. l. si filius familias ult. ff. de liber. & posthum. l. unus 24. ff. de servit. pradior. rust. l. obligari 9. §. pupillus 2. ff. de auctor. tutor. §. tutor 2. instit. eod. tit. l. si maritus 15. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adulter. Itaque licèt: nihil agat dominus manumittendo respectu creditorum, quia illis manet servus; tamen respectu datæ libertatis multum agit, cum servus ille in fraudem creditorum manumissus, fiat statuliber: l. ff. de stat. liber. de qua egimus supra hoc cap. n. 3. vide Petrom Fabrum lib. 2. sem. c. 29. vers. hæc de servo fol. 320.

46 Hæc omnia, quæ diximus de libertatibus directis intelligenda sunt, quia ad fideicommissarias non extenditur Regula Catoniana; cum in illis non sit datio, sed rogatio hæredis ut illam præster: sicut de fideicommissis dicitur, in l. etiam 15. ff. de legat. 1. l. generaliter 24. §. si homini 3. & seqq. §. si quis 10. & seqq. l. si debitor 45 in princ. & §. seqq. & passim. ff. de fideicommiss. liber. l. libertates 16. l. alieno 31. eod. tit. §. libertas 2. instit. de singul. rub. per fideicommiss. relicta. Itaque certum est, ad nulla fideicommissa pertinere regulam Catonianam: ratio est, quia fideicommissa extra testamentum incurrunt; cum nulla solemnitate præcedente, etiam possint nutu reliqui l. nam 21. ff. de legat. 3. & ab intestato: l. consuevitur 8 §. 1. ff. de jur. codicil. & in his, quæ extra testamentum, incurrunt, possunt res ex bono & æquo interpretationem capere: ea verò quæ ex ipso testamento oriuntur, necesse est, secundum scripti juris rationem expediti, ut ait Gajus in l. in his 16. ff. de condit. & demonstrat. & hæc causà in fideicommissis fidem Cujacii non habeo, neque in eo, quòd affirmet Regulam Catonianam posse trahi ad hereditates legitimas; idque nobis persuadere vult ex l. 3. ff. unde cognati: nam præter illud, quòd Catoniana regula, nisi aliquid factum fuerit ab homine, quòd reprobare possit, nullam vim habeat; in legitimis hereditatibus nullum subjectum invenit, in quo operetur quia Regula Catoniana nullum aliud tempus antè à morte ejus, de cujus hereditate agitur, considerare potest, ad quòd retrahatur: quòd præcisè requirit. Hæc sententia talis est, ut non indigeat majori impugnatione, neque ut in tam parva re longiores simus.

47 Obiter hoc etiam notate, quòd si legatum relinquatur servo cum libertate, licèt libertatis dies cedat ab adita hereditate, & legari puri dies à morte testatoris, inspectà separatim utriusque naturà; tamen receptum sit, quòd quando conjunguntur, legatum cuiuscumque rei sequatur diei cessionem libertatis: l. heredis 7. §. ult. cum l. seq. ff. quando dies legat. cedat: Ratio est, nam cum libertas servo relicta non cedat nisi ab adita hereditate, dist. leg. heredis leg. unica §. in novissimo 5. Cod. de caduc. tol. D. Hieron. Oroz, de Apicib. Jur. Civ.

lend. si dies legati à morte testatoris, cederet, utique inutile esset, cum non ipsi servo sed per servum hereditati acquirendum foret: atque ita in ejusdem persona, & emolumentum legati, & obligatio juris concurreret: l. nam cum 8. l. cum legato 17. ff. quando dies leg. cedat. sibi que ipsi hereditas obligata esset, vel à se ipsa legatum relictum sibi deberet: quòd jus non admittit: l. sed si 6. §. ultima. ff. de hered. instit. l. legatum 1. §. 6. §. heredi 1. ff. de legat. 1. l. heres 21. §. quod si stipulator. ff. de fideicommiss. libertat. l. Sibi. chum 95. §. aditio. l. penult. ff. de solut. Idèd necessarium fuit, ut vel dies legati, & libertatis simul cedant, vel libertas antecedit legatum: alioquin si legatum prius deberi incipiat, quàm libertatis dies cesserit invalidum illud erit. D. D. Melchior de Valentia de acquir. hered. cap. 3. num. 10. & seq. Unde etiam fit, quòd si extraneo hærede instituto legatum servo pure relictum fuerit, & libertas sub conditione; non aliter subsistat legatum, quàm si conditio talis sit, ut jacente hereditate ante aditionem hæredis impleri possit, & re ipsa adimpleatur: leg. quæstium 91. §. 1. ff. de legat. 1. l. Iulianus 86. ff. de condit. & demonstrat. l. cum servus 62. ff. eod. l. servus 34. §. 1. ff. de stat. liber. Ratio est, quia æquissimum visum est, diem legati puri servo, cum libertate relicti, non cedere, usque dum cedere possit dies libertatis puræ: quòd sic statim ab adita hereditate: & hæc æquitas strictam rationem regulæ Catonianæ removeret tunc, quando longius non differtur ex accidenti cessio diei libertatis ab ipsa aditione hereditatis: & in hac re sic æquitatem expressam invenimus superare subtilitatem juris, in l. nam cum 8. Digestis quando dies legat. cedat. Si verò ab adita hereditate ultra suspendatur, & porrigatur cessio diei libertatis, quia tunc nulla æquitas exprimitur, qua possit removeri ratio stricta regulæ Catonianæ; legatum illud prout à principio invalidum est, & per Catonianam regulam in perpetuum reprobatur.

48 Ad hoc principium, scilicet, Regulam Catonianam pertinere ad libertates, referri debet etiam text. in l. 2. ff. qui & à quib. man. liber. non fiat. tamen quia convenientius & proprius explicabitur dum egerimus de interpretatione text. in l. cognitionum §. 5. consuevitur ult. ff. de var. & extr. ordin. cognitio. infra lib. 2. cap. 5. illuc Lectorem remitto interim verò videat Marc. Lyclaman. lib. 2. membr. ecloga 10 ubi tunc textum & l. 12. §. 4. de accus. & l. 2. C. de sepulchro violato. explicat, Cujac. in l. inter 103. ff. de verb. signif. Anton. Matth. de criminib. p. 842. quos adducit Vvilssembac. disput. 47. num. 23. Superioribus fundamentis constat, non sine ratione efficaci me motum fuisse ad sentiendum, regulam Catonianam pertinere ad libertates, neque ab hac opinione facile me removebit quisquam, qui non habuerit præter rationes interpretum, qui hucusque contrarium crediderunt, aliàs validiores; quibus, si veræ fuerint, vel nostris urgentiores, libenter succumbam.

CAPUT XI.

An regula Catoniana pertineat ad Tutelas testamentarias?

SUMMARIUM.

1 Cujacij verba, quibus docet, Regulam Catonianam non pertinere ad Tutelas testamentarias, referuntur.

- Sententia Cujacii, & ejus ratio refutatur.*
Argumentum contra eum ex verbis ipsius deducitur.
- 2 *Adhuc concessa Cujacii ratione, ejus opinio reprobandatur.*
Tutela testamentaria à testatore ipso proficiscuntur, non ab heredede.
Non adita hereditate, omnia in testamento scripta corrumpunt.
Tutela testamentaria dies cedit à morte testatoris.
Tutela est quedam prorogatio patriæ potestatis.
Quare Tutela dicatur mandari jure patriæ potestatis.
- 3 *Probatur sententia, ex l. 7. ultim. ff. de testam. tutel.*
- 4 *Probatur etiam alio elegantissimo argumento.*
Tutorem habentem, vel cui speratur habere, non potest dari tutor.
Tutor testamentarius quandoque fiat, retrahitur ad tempus mortis.
Tutor datus, dum aditur hereditas, vel impletur conditio, post aditionem, vel impletam conditionem desinit esse tutor.
- 5 *Tutores in testamento dari non possunt, nisi hi, quibus testamenti factio est.*
A Regula Catonianam provenit, quod servus alienus inuicem pure tutor detur.
- 6 *Superioribus obstat l. 28. §. 1. ff. de test. tut.*
Ejus difficultas proponitur, & dissolvitur.
An Regula Catoniana pertineat etiam ad contractus.

Cujacius, qui dicit lib. 15. quest. Papin. in dict. l. Catonianam, ff. de regul. Caton. multa concessit ad Regulam Catonianam pertinentiam; scripsit etiam, illam regulam non pertinere ad Tutelas testamentarias, his verbis: *Et dico etiam ea ratione regulam Catonianam non pertinere ad Tutelas, quia Tutela incipit ab aditione, non à morte; nec quidquam igitur interest, eas cedere, vel incipere citius: l. si is qui ff. de excusat. tutor. Quod ita verum est, nisi sit scriptus hæres necessarius, vel nisi ipse hæres scriptus tutor datus sit: nam his casibus Tutela incipit eo tempore, quæ hereditas cedit, id est mortis tempore. Hæc Cujacii verba retuli, ut manifestum faciam eodem errore hoc stitisse in Tutelis, sicut statuit in libertatibus; ei enim hæc consequentia certa est: regula Catoniana non pertinet ad ea legata quorum dies cedit non mortis tempore, sed ab adita hereditate: ergo quia libertates, & Tutelæ cedunt ab adita hereditate, non pertinebit ad eas. Quæ consequentia apud me falsissima est, eadem ratione, quam supra circa libertates attuli n. 22. & seqq. quis enim Tutelæ dationem credet legatum esse? & in verbis d. l. 3. de regul. Caton. comprehendit? Ipse enim Cujacius fatetur, quod si necessarius hæres institutus fuisset, quia à morte testatoris eo casu Tutelæ cederent, ad eas Catonianam regulam pertinere; ergo Tutela per se res est, ad quam vires suas extendere hæc regula non dignetur: ac per consequens eum illa lex 3. de regul. Catonianam, tanquam comprehendat ea, quæ legatorum nomine veniunt: cæteræ res quæ legata non sunt, etiam si earum dies ab aditione hereditatis cedit, ad regulam Catonianam pertinebunt: & certum est, Tutelam testamentariam neque legatum esse neque legati nomine comprehendit.*

Imò potius de libenter Cujacio quoad questionem Tutelæ, veram esse illam regulam; scilicet, quod

Catoniana non pertineat ad eas res, quorum dies cedit post aditam hereditatem: quis adhuc docuit eum: Tutelas testamentarias cedere ab aditione hereditatis, & non à morte? Paulus enim Jurisconsultus contrarium statuit, dum in l. tutores 7. ff. de testam. tutel. hæc scribit, *Tutores non ab heredede, sed à testatore prius proficiscuntur, simul atque aliquis hæres stitisset; nam & ipse hæres tutor dari potest*, ubi factur, Tutelas proficisci à testatore ipso: & hoc facit, quod ejusmodi Tutelæ sint favorabiliores, quæ non tantum favorem merentur, si ab heredede proficiscerentur: requirit tamen Paulus, ut adita sit hereditas; verum id non requirit, quam Tutela proficiscatur ab heredede, sed tanquam conditio sine qua non: quia fieri non potest, ut delituro testamento per non aditionem heredis, non corrumpant Tutelæ, sicut & cætera in eodem testamento data: *l. si nemo 9. ff. de testam. tut. l. 1. §. 1. eod. ibi: testamen. ruptum.* secundum interpretationem Antonij Fabri in *jurisp. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 25. & 37.* Itaque ex dict. l. 7. constat, Tutelæ diem cedere à morte testatoris: ratio est, quia Tutelæ datio est quedam prorogatio patriæ potestatis; quæ efficitur, ut quævis patria potestas finiat morte: *princ. instit. quib. mod. jus in patr. potest. solvit. l. mulier 22. vers. Braxidas ff. ad S. C. Trebellian. l. si ita 15. ff. quando dies legat. cedat.* Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 11. princ. 1.* in princ. patri tamen permissam est, testamento suo tutorem pupillo dare; ut intelligamus, vim patriæ potestatis, junctâ juris potestate, protrahi quodammodo à morte patris usque ad pubertatem pupilli: & ea de causa Tutela mandari dicitur jure patriæ potestatis: in *l. impuberi 40. in fin. ff. de administr. tutor. ut de jurisdictione dicitur, in l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd. ut denoret, illam ipsam potestatem, quam ipse habebat, translatam fuisse à patre in Tutorem, ut eleganter docet Antonius Fab. in *jurisp. Papin. tit. 12. princ. 1. in princ.* Et ita rectè constat, Tutelam cedere à morte patris: ac per consequens ad eam pertinuisse regulam Catonianam: etiam si vera esset propositio illa superius adducta nempe, quod Catonianam regula non pertineat ad ea, quæ cedunt ab adita hereditate.*

Ex aliis legibus præter dictam l. 7. probatur etiam sententia nostra, scilicet ex *l. pen. ff. eod. tit. ubi Javolenus statuit, quod si Tutores ita dentur, Lucium Titium tutorem do, si is non vivit, tunc Gajum Plautium tutorem do; & Titius vixerat, tutelamque gesserat; quærit, an ad Plautium pertineat tutela? refert sententias contrarias Consultorum, & Trebatium dixisse non pertinere ad Plautium, Labcolum, & Proculum contrariū affirmasse. Javolenus verò Trebatij opinionem sequutus fuit. scilicet, ad Plautium non pertinere tutelam in his verbis: *quia illa verba (nempe si is non vivit) ad mortis tempus referuntur, quorum verborum sensus nisi idem, qui scriptus esset, scilicet illa verba ad id tempus, quo tutela deferatur: inutile enim foret, eam relationem ad tempus mortis referri, si à testatore, si à Consulto, si tutela non deferretur à morte, sed ab adita hereditate: atque ita idem tempus est, & mortis testatoris, & delationis tutelæ, ut Gothofredo placet in d. l. penult.**

Probatur dicta sententia, scilicet tutelam deferri à morte testatoris elegantissimo argumento, quod tale est: si nondum adita sit hereditas ex eo testamento, quo tutela data fuit, & ejus aditione tutor speratur testamentarius; verum est, tunc dari alium tutorem, dum aditur hereditas ex illo testamento, ne indefensus maneat pupillus: sed eo casu non potest dari tutor nisi illo colore, & fictione, quasi nedam tutor quisquam sit neque speretur, loquitur

tur Ulpianus: in l. si hereditas 10. ff. de testam. tutel. ratione illâ, quod si aliquis tutor speraretur, non posset dari tutor ei, qui ex testamento quodcumque tutorem habiturus est, sicut tutorem habentem: *l. cum jure 9. C. qui petant. tutor. l. si sororis 9. C. qui dare tutor: vel curat. poss. Anton. Fab. in jurisp. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 7.* & ita hoc verum est, ut quando testamentarius tutor speratur, legitimo tutore locus non sit: *l. si quis sub conditione 11. ff. de testam. tutel.* quod nulla alia de causa sit, quam quia tutor testamentarius, quandocumque tutor factus sit, eam potestatem ex instanti mortis testatoris habuisse retrofingatur. Unde provenit: quod etsi medio tempore dum aditur hereditas, vel adimpletur conditio, sub qua testamento tutor datus fuerat; alius tutor detur ex *l. Atilia*, is tutor esse definit statim, quo hereditas adita sit, vel conditio impleta reperitur, ut Justinianus scribit in *l. 1. instit. de Atiliano tutore*: quod falsum fuisse tutor ab ipsa morte testatoris: maneret namque tutor, qui medio tempore datus fuisset, cum à magistratu non posset dari tutor ad tempus, aut ex tempore, neque sub conditione: *l. nullo 6. §. 1. ff. de tutel. l. actus legitimi 77. ff. de regul. jur. Cujac. lib. 18. quest. Papin. in dict. l. actus legitimi. Donel. lib. 3. comment. jur. civil. cap. 7.* ei enim, qui tutorem haberet, non posset dari alius tutor; sed tanquam erator adjungi debet is, qui amplius tutor esse non potest, licet si tutor non mandasset curam, sed tutelam, ut in specie: *l. ex sententia 29. ff. de testam. tutel. l. 2. C. in quib. caus. tutor. ab. tutor detur.* At tamen diversimodè contingit, quia tutor solus ille est, quem pater testamento dedit; & is, qui à magistratu medio tempore datus fuit, omnino tutor esse definit: *l. 1. §. si apud 2. l. tutela 3. ff. quari ff. de legitim. tutor. l. Lucius 46. §. pen. ff. de administr. tutor. l. quavis 8. ff. de tut. & rat. distrah.* Et quemadmodum non fuerat datus, neque potuerat dari medio illo tempore tutor, nisi eo colore quasi nullus testamentarius speraretur, d. l. hereditas 10. ita neque testamentarius ex postfacto admittitur, nisi eo contrario colore, quasi ante à nullus alius fuerit tutor, qui tamen vera fuit: quibus fictionibus & coloribus locus non esset, si tutelæ dies non cederet à morte testatoris, & non ab adita hereditate: quæ omnia aperte, & eleganter docet Ant. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 20.* ubi plures alias rationes affert ad probandum, quod tutelæ dies cedit à morte testatoris quibus motus in fine illationis affirmat, Catonianam Regulam ad testamentarias Tutelas pertinuisse.

Eadem sententia non ineleganter probatur ex eo, quod tutores in testamento solum possunt dari hi, cum quibus testamenti factio est: *l. testamento tutores 21. ff. de test. tut.* ubi verbum est, cum sit presentis temporis, tempus presentis significat, quo sit testamentum; & quo tutor datur. Unde contingit, ut si testator pure, tutorem dederit peregrinum, & is vivente testatore civis Romanus factus sit ita, ut permaneat civis, etiam quando testator mortuus sit; nihilo magis valeat tutoris datio: quia à principio facti testamenti per regulam Catonianam improbara fuit tutela: alioquin quo jure nititur illud antiquum; nempe, servum alienum inutiliter pure testamento tutorem dari: *§. servus alienus 1. instit. qui testam. tutor. dari poss.* Ex quibus manifestè apparet quam inconsideratè scripserit Cujacius Catonianam regulam ad Tutelas testamentarias non pertinuisse ex eo quod illæ non cedant à morte testatoris, sed ab aditione hereditatis: cum pro certo habere deberet, Tutelarum diem à morte testatoris cedere: & etiam si hoc falsum esset: adhuc ad ea, Catonianam D. Hieronym. de Oroz. de Apicib. Iur. Civ.

regula pertineret; cum tutelæ datio non comprehendatur nomine legatorum de quibus agit: *l. Catonianam 3. ff. de reg. Cat.* Et idem si tutelæ dies cedit à morte testatoris si ab aditione hereditatis; semper erit verum ad Tutelas testamentarias regulam Catonianam potestatem suam porrexisse.

His videtur obviare text. in l. qui tutelam 28. §. 1. ff. de testam. tut. ubi Papin. ait quod non possit tutor dari servus, cui fideicommissaria datur libertas: ratio est, quia servus manet quousque libertatem consequutus fuerit per manumissionem: *l. sed etsi 55. facio l. generaliter 24. §. si quis servo 10. ff. de fideicommiss. libertat.* & quando servus est, vim, ac potestatem in caput liberum, quam tutelam appellamus, habere non potest: itaque cum testamentaria tutela ab ipso testatore proficiscatur, & ejus dies cedit à morte testatoris, ut ex dict. l. tutores 7. ff. de testam. tut. docuimus toto hoc cap. à num. 2. moriente tunc, quando fecit testamentum, testatore; verum esset, quod tutelæ capax non esset is; qui tunc servus erat: idem Regula Catoniana improbat illam tutelæ dationem; Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 52.* quod observatur non solum in datione tutelæ, sed etiam in quocumque legato, seu fideicommissio proprio testatoris, servo relicto: *l. cum filius 76. §. servus 4. ff. de leg. 2.* Prosequitur tamen Consulens; & ait, quod si postea hic servus libertatem consequatur, vocatur ad tutelam ex voluntate testatoris: ergo Regula Catoniana non pertinet ad Tutelas; quia quod à principio improbat per eam nunquam convalescit: *l. 1. ff. de regul. Caton.* tutela tamen hæc ex postfacto reviviscit, & duratione sola voluntatis testatoris: quod ex diametro pugnat cum Regula Catoniana. Huic tamen textui, & aliis similibus facile occurri potest dicendo à principio legis 12. tabular. non potuisse relinqui tutelam ei servo, cui verbis fideicommissi libertas data erat, sed postea id magno negotio impetratum fuit, neque tam ex jure *l. 2. rabul.* quam per interpretationem ex nuda voluntate testatoris; quæ tamen per se non potest facere; ut tutela valeat; sed ex confirmatione prætoris; aut consulis: *l. in confirmando 8. ff. de confirm. tut. l. pater 4. d. l. qui tutelam 28. §. ult. ff. de test. tut. vel per S. C. Dalfumianum, ut ait Paulus lib. 4. sent. tit. 13.* de quo Senatusconsulto agitur in *l. infantes 36. l. non tantum 51. §. Senatusconsulto 4. tit. Cujac. lib. 4. responsor. Papin. in d. l. qui tutelam 28. §. 1.* Et hæc sufficiant ad hujus capituli persequendum. Denique ad illam questionem, an scilicet regula Catoniana pertineat ad contractus, vi, de quæ dicenda sunt infra lib. 2. c. 6. n. 36.

CAPUT XII.

An Regula Catoniana cum jure accrescendi stare possit?

SUMMARIUM.

- 1 *Negativa sententia probatur argumento efficacissimo, & n. seqq.*
Quid sit conjunctim legari, & conjunctim heredes infirmi?
Non datur jus accrescendi, nisi inter eos quorum singulis solidum datur.
Voluntas testatoris legatis modum facit.
Impossibile est, ut à principio solidum unicuique detur.
Non potest conjunctim petere nisi partem, donec cæteri non repudient.

Rerum natura non patitur; ut res eadem sepius praefetur.

2 Quod ab initio invalidum esset, si testator decessisset regula Catoniana in perpetuum improbat. Omnia in testamento scripta expediri debent, ut sunt scripta. Quare dicatur conjunctus, unius persone vice fungi?

3 Variis legibus probatur, jus accrescendi dari. In jure accrescendi pars non adita accrescit patri adita, etiam in vivo conjuncto. Idem contingit in muto, furdo, infanti, furioso, qui suam patrem agnovit.

4 Regula Catoniana, & juris accrescendi repugnantia ponderatur. Author in hoc capite non tractari omnia, quae ad jus accrescendi pertinent, sed ea sola, quae ad quaestiones faciunt, admonet. Diffinitio vera juris accrescendi traditur. Jus accrescendi veluti quadam alluvio est. Jus accrescendi transit ad heredem ejus, qui adit suam partem.

5 Cujacii & aliorum definitio juris accrescendi refutatur. Jus non decrescendi nulli in lege reperitur scriptum. Ratio, quae nititur Cujacii definitio refertur, & reprobat. Ut jus accrescendi deum, multi collegatarii, vel coheredes esse debent, & n. seq.

6 In quo consistat ratio formalis juris accrescendi traditur & n. sub. Ratio juris accrescendi etiam in contractibus locum habet. Contractus, sine hereditatis natura ex post facto in dividua est & n. seq.

7 Ratio juris accrescendi diversa est in legatis, ac in hereditate. Redditur ratio, quae ad hereditates pertinet. Hereditatis, & heredis persona inventa est, ut defunctum representent. Persona defuncti non potest representari pro parte. Non potest quis decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus.

8 Traditur ratio juris accrescendi in legatis. Legatarii non possunt representare defunctum & quare? Explicatur text. in l. 20. ff. qui testam. facere, possent.

9 Inter regulam Catonianam, & jus accrescendi nulla repugnantia est. Forma, quae constituitur jus accrescendi singulari modo traditur. A principio legatum, siue hereditas conjunctim relicta, dividitur ante realem concursum.

10 Respectu rei legatae unum legatum, respectu legatariorum plura a principio legatae videntur. Ius ita statui debet, ut legatum potius valeat, quam pereat. Partes a principio fieri probatur pluribus leg. & primo lege 34. §. 9. Digestis de legat. 1. Benigniore interpretationem sequi non minus tutius est, quam aequius. Impossibile est, ut singuli conjuncti solidum capiant. Explicatur text. in lege 38. §. 1. de leg. 1.

leg. 1. §. 6. ff. si quid in fraud. patr. & similes.

Evacuata fitione omnia metienda sunt ex veritate.

Ratio juris accrescendi probatur ex §. erat olim instit. de donat.

Servus communis est singulorum pro partibus indivisi; & declaratur leg. 5. de stipulat. servor.

Remittitur ad alium locum conciliatio, §. 1. ff. de usufruct. accresc. cum l. 20. ff. de legat. 1.

Quare in d. §. erat olim. jus accrescendi dicatur modus acquirendi.

11 Probatur novus ille modus juris accrescendi, ex l. 16. ff. de legat. 1.

Qui in rerum natura non est, realiter concurrere non potest.

Eadem sententia probatur ex l. 84. §. 8. d. tit. de legat. 1.

Nemo admittitur ad legatum rei suae. Quod alicuius est, ejus amplius fieri non potest.

12 Eadem sententia probatur ex l. 56. ff. de cond. & demonst.

13 Idem probatur ex lege 77. §. 7. Digestis de legat. 2.

In d. §. quid significent verba, quam accepit filia.

Semel acquisita hereditas non potest repudiari.

Bona hereditaria post aditionem sunt de patrimonio heredis.

14 Textus in lege 42. §. 1. ff. de bon. libert. qui eandem sententiam probat, explicatur. Ad id propositum inducitur text. in l. 44. §. 2. ff. de cod.

Comparatio de alluvione ad jus accrescendi, quae fit in d. §. 2. explicatur.

15 In stipulationibus etiam personarum conjunctio unam stipulationem dividit in plures. In stipulationibus semper initium spectatur. Equiparatio fit de legatis ad stipulationes, & explicatur l. 56. de V. O.

Eodem sensu explicatur l. 11. §. 1. & seq. ff. de duob. reis l. 17. ff. de deposit. l. 20. ff. de legat. 3. l. 14. de usufruct. legat. l. 139. de V. O. l. 96. §. pen. ff. de solut. l. 14. §. 7. de furt.

16 Explicatur text. in l. 99. de legat. 3. l. 36. de legat. 1. l. 10. de reg. jur. Legatum multis disjunctim relictum, aliquando unidatur, aliquando multiplicatur. Legatum conjunctim multis relictum, semper communicatur. Doctoris Olano doctrina circa leg. 33. de leg. 1. reprobat.

Ejusdem causa reus Antonius Faber rejicitur.

Inter disjunctos aliquis ordo scriptura observatur.

Ordo scripturae non impedit causam juris, & voluntatis.

17 In conjunctis nullus ordo scripturae attenditur, l. 85. ff. de leg. 1. l. 8. & l. 96. §. pen. ff. de solut. ratio redditur. Refertur, & explicatur l. 34. in princ. ff. de legat. 1.

In jure accrescendi per redditum partium non constituitur novum totum.

Expli

Explicatur exemplum navis in leg. 83. §. 5. ff. de V. O.

Quasi jure postliminij multa ad pristinum statum restituntur.

Quae extra testamenta incurrunt, terminantur ex aquo, & bono.

Explicatur text. in lege 16. ff. de cond. & demonst.

Legatum, quod totum non potest conservari ne totum, per partes conservatur.

In jure accrescendi retrofingitur, partes nunquam fuisse a toto separatas.

18 Probant nostram sententiam, & explicatur text. in lege 34. §. 1. de leg. 1. leg. 2. ff. si pars hereditatis petatur, lege 25. Digestis de solution. lege 34. & sequent. ff. ad leg. Aquil.

Singuli legatarij, vel heredes non vindicant nisi partem, dum caeteri non repudiant suas.

Anton. Fab. & aliorum contraria sententia refertur, & refutatur.

Anton. Fab. emendatio ad l. 34. §. 10. ff. de legat. 1. rejicitur.

Fabrum suam sententiam retractasse, & nostram amplexum fuisse, ostenditur.

Ejus ratio sententia non admittitur.

19 Argumentum urgens ad probandam nostram sententiam traditur ex lege 16. l. 34. §. 9. l. 84. §. 8. ff. de l. 1. l. 3. §. 1. ff. de leg. praetand. & num. 24.

Difficultas leg. unica §. 3. Codic. de caduc. tollend. in alium locum remittitur explicanda.

Circa hanc quaestionem Cujac. Duar. & alij interpretes rejiciuntur.

20 Duplex dubitatio proponitur circa eam. Prima quarit, quare non detur jus accrescendi, quando aliquis conjunctus in rerum natura non est, vel est incapax acquisitionis? Secunda, quare isti, quis capere non possunt, partem faciant? Prima dubitationis ratio redditur.

21 Ei objicitur. l. 16. §. ult. ff. de legat. 1. ejusque difficultas ponderatur. Absurdum est nos dare utrumque, ubi testator alter utrum dari voluit.

22 Modus Antonij Fabri circa interpretationem superioris §. ult. traditur. Posthumus nondum natus, neque homo esse videtur. Posthumus, qui nasciturus non speratur, neque in utero fuisse creditur. Antonij Fabri supradictus modus duplici ratione impugatur. Quando pluribus relinquitur ut universis, idem debetur paucis, quam pluribus. Explicatur text. in l. 2. l. 19. & seq. ff. de reb. dub. l. 16. §. ult. ff. de legat. 1. l. 77. §. 13. 10. & 25. ff. de legat. 2.

Nomine civium, collegarum, cognatorum, posthumorum, cui relinquitur legatum & n. seq.

23 An illos, qui nomine universitatis comprehenduntur conjunctos esse dici possit? Explicatur iterum l. 16. ff. de cond. & demonst. Explicatur l. 15. l. 17. de legat. 1. l. 69. §. 3. l. 77. §. 27. de leg. 2. l. 7. §. ult. ff. quod cuique uniu. l. 7. de reb. dub.

Explicatur l. 22. de fidejussor. & Plipian. in fragm. tit. 14. §. 28.

Quomodo concipiuntur plures ut universi, & non possint constituere universitatem.

Quae differentia juris sit inter universos, qui non faciunt universitatem, & eos, qui faciunt.

Altera ratio, quae Anton. Fab. impugnat, proponitur.

Explicatio D. D. Melchioris de Valentia non admittitur.

24 Explicatur l. 7. de reb. dub. l. 16. §. ult. de leg. 1. & de qua conj. et. ibi agatur. Nonne patris virilis totum plerumque comprehenditur. Ut jus accrescendi detur, partes a principio dividi debent inter eos, qui realiter eas percipere possunt.

25 Conciliantur l. 16. §. ult. de legat. 1. l. 7. de reb. dub. cum l. 34. §. 9. l. 16. in princ. l. 84. §. 8. ff. de legat. 1.

Olivaldus diffensionem inter Consulios admittens in d. et. ll. re. icitur.

Multi Authores referuntur, quorum variis sensus circa d. et. ll. reprobat.

26 De quo posthumo loquatur l. 7. ff. de reb. dub. ostenditur. Posthumo alieno an olim potuisset legari? Quomodo intelligendus sit vers. nato si §. 26. in stit. de bonor. possent.

Posthumi alieni legitimi heredes esse potuerunt, non testamentarij.

Explicatur text. in l. 127. de leg. 1. l. 6. vers. hoc placet, ff. de offic. testam. l. 3. de bonor. possent. secundum tabul. l. 1. §. 7. ff. de ventre in possent. mittend.

Explicatur text. in §. 24. & §. 28. instit. de legat.

Agitur de explicatione text. in l. 16. in princ. ff. qui testam. fecer. possent. §. 4. vers. testamenti. instit. de hered. qualit. & differ. l. 7. §. 2. ff. quando dies legur. cedat.

Posthumus alienus institutus, olim adiuvabatur a pratore per bonor. possent. secund. tabul. num. seq.

27 Posthumo alieno legatario olim prator non adjuvabat ullo remedio, & quare? Legatum minus favorabile est, quam heredis institutio. Qua ratione inducta fuit potestas deducendi quartam fideicommissarii. Per legatum & fidei commissum non representatur persona defuncti. Explicatur text. in l. 5. §. 1. l. 6. ff. de reb. dub. Posthumo alieno non fuit interdicta restitutio hereditatis fidei commissaria.

28 Secunda dubitatio, quare partem faciant, qui capere non possunt? deciditur. Non debet praeteriri quidquam eorum, quae proveniunt a voluntate expressa testatoris.

29 Textus, quibus probavimus, partes a principio fieri inter conjunctos, quomodo interpretes explicant. Eorum intelligentia ipsi legibus evidenter impugnat.

In legato damnationis conjunctim relicto non capientis pars manet in hereditate. In legato damnationis conjunctim relicto ante concursum realem nemo partem facit, & quare. Explicatur text. in l. 20. §. 1. ff. de hered. instit. l. 5. ff. de ad sig. libert.

- 30 De conjunctione verborum tantum intelligentibus supradictas leges, opponitur leg. 84. §. 8. de leg. 1.
Verbis tantum conjuncti habent partes à scriptura testamenti.
D.D. Francisci Ramos del Manzano doctrina probatur, & laudatur
- 31 Conciliatio, quam ad supradictas II, tradit Donellus, non admittitur.
Partes legati conjunctim relicti per vindicationem, sunt pura: & totum legatum est conditionale.
Explicatur l. 1. §. 1. 2. de conjung. cum emancip. liber. l. 12. de honor. possess. contra tabul. l. 26. §. ultim. de usufruct. legat. l. 59. §. 2. l. 63. ff. de hæred. institut. l. 7. l. 9. ff. de usufruct. accresc.
- 32 Superius dicta circa jus accrescendi de legato vindicationis accipi debent.
In legato damnationis non datur jus accrescendi, & quare?
L. unica §. 11. vers. sin autem disjunctim C. de caduc. tollend. explicatur.
Interpretatur remissivè l. 10. vers. idem dicendum ff. de servit. urban. prædior.
Legatum vindicationis ipso jure transfertur ad gatarium & n. 33. & 34.
- 33 Legatum damnationis non transfertur ipso jure, sed tantum actio personalis.
Quare in stipulationibus non datur jus accrescendi.
Explicatur l. 56. l. 110. ff. de V. O. l. 56. ff. de cond. & demonst. §. 4. vers. quod si quis sibi instit. de inutil. stipulat.
- 34 In legato damnationis nunquam sunt partes ex concursu, & quare?
Idem esse in hereditariis actionibus observatur.
Nullam in rem actionem hereditariam esse defenditur.
An testator facere possit, ut jus accrescendi sit in legato damnationis?
Explicatur textus in leg. 85. §. 6. ff. de leg. 2. l. 34. de usufruct. legat. l. 38. §. 2. ff. de legat. 3.
- 35 In legato usus non datur jus accrescendi, & quare?
Vnus in factio consistit, & indivisibilis est.
Idem in servitutibus omnibus realibus observandum est.
In legato usufructus datur jus accrescendi.
Quare dicatur usufructus in multis casibus pars domini esse.
- 36 Differentia elegans traditur inter re, & verbis conjunctos; & re tantum conjunctos circa jus accrescendi, & n. seqq.
Explicatur l. ultim. §. primo 3. & §. sin autem vers. sin. autem disjunctim Cod. de caduc. tollend. & l. penult. ff. de his quæ pro non script. habent.
Explicatur iterum l. 16. ff. de cond. & demonst. & n. seq.
Explicatur l. 5. ff. de condit. institut. l. 13. §. 2. & seq. ff. de reb. dub. l. 51. l. 78. §. 1. l. 112. Digestis de condit. & demonst. l. 45. de manumiss. testament. l. 13. §. 2. de statut. liber. l. 63. l. 129. Digestis de V. O. l. 110. ff. de reg. jur.
- 37 Explicatur dict. l. unica §. ubi, vers. sin. verò non omnes C. de caduc. tollend.

- In dict. §. quem sensum habeant verba aliis supervenientibus partes à priori abstrahentibus &c.
- In conjunctione, quæ re tantum est; aliqua prioritas, vel posterioritas scriptura observatur.
- 38 In conjunctione re, & verbis nulla prioritas, & posterioritas scriptura attenditur.
- 39 Proponitur urgentissimum argumentum ad probandum partes à principio fieri in legato vindicationis conjunctim relicto.
- 40 Aliud argumentum deducitur ex l. 6. §. 2. ff. de usufr. accresc. l. 1. §. 9. l. 28. Digestis ad S. C. Trebellian. leg. 87. §. 3. ff. ad leg. Falcid. explicatur remissivè.
Regula Catoniana non habet locum in conditionibus legatis.
- 41 Deducitur argumentum ad probandum dari jus non decrescendi.
- 42 Superiori difficultati satisficit abunde.
In legato conditionali eventus conditionis retrotrahitur ad tempus mortis testatoris, & numer. seq.
Ab uno legatario non potest alteri legatario legari.
Non datur legatum legati, fructus fructuum, usura usurarum, servitus servitutium, &c.
- 43 Contraria sententia, quod eventus conditionis non retrotrahatur, aliqui A. A. referuntur.
Explicatur l. 2. §. 3. de collat. leg. 4. cum seq. Digestis quando dies leg. cedat. leg. 4. de obligation. & action. l. 18. de regul. jur.
Explicatur l. 65. de cond. & demonst. l. 4. ff. ad leg. Falcid.
- 44 Adducuntur ad probandam dictam sententiam leg. 1. §. 4. ad S. C. Silan. l. 32. §. 1. Digestis de legat. 2. leg. 66. de rei vindicat. l. 14. de condit. fut. l. 12. §. 1. fam. ereisc. l. 11. §. 1. ad leg. Falcid. l. 29. §. 1. ff. qui & à quib. manum.
- 45 Prosequitur explicatio leg. 6. §. 2. ff. de usufr. leg.
Legatarius purus etiam partis legata sub conditione relicta fructus facit suos, dum pendet conditio.
Ipse amittens usufructum pendente conditione, non habet postea jus accrescendi.
- 46 Adducitur argumentum, quo probatur, jus accrescendi non posse stare cum Regula Catoniana.
Argumentum hoc dissolvitur duplici ratione, & num. seq.
- 47 Explicatio leg. 85. §. fin. de regulis juris traditur.
- 48 Exemplum afferitur ad probandam superiorem explicationem.
- 49 Aliud argumentum objicitur, & dissolvitur.
Jus accrescendi non dari inter eos, qui partes à principio habent, quomodo intelligendum sit?
- 50 Anton. Fab. nostram hanc sententiam præsentit, & ejus verba referuntur
In legato vindicationis ita partes dividuntur à toto, ut possint iterum ad illud reverti.
Ipse Faber aliam suam opinionem ut falsam postea retrahit.

Diximus

Diximus supra cap. 9. Regulam Catonianam pertinuisse ad libertatem puras directas; & similiter ad legata omnia; quæ non sunt conditionalia cap. 7. nunc quaestio nova adhuc nondum exagitata, et: an cum his, quæ diximus; scilicet. Regulam Catonianam statim, quo perfecta est scriptura testamenti, improbare vel institutionem hæredis, vel dationem legati, possit consistere jus accrescendi? Et non posse subsistere ratio juris videtur probare: nam Celsus in l. conjunctim 80. ff. de legat. 3. conjunctim hæredes institui (ait) aut conjunctim legari, hoc est, totum hereditatem, & tota legata singulis data esse; partes autem concursu fieri: quod & docet Ulpianus ex eodem Celso, & Juliano in l. 1. §. interdum 3. l. Neratius 3. ff. de usufruct. accresc. Ulpian. in fragm. tit. 24. §. si duobus 12. Ex quibus evidenter apparet, non dari jus accrescendi nisi inter eos, quorum singulis solidum legatum, seu tota hereditas relicta est: qui quidem partes non faciunt, nisi per concursum: itaque testator, cujus voluntas non solum legatum ipsum efficit, sed etiam legato modum facit argum. text. in l. sed est 10. ff. ad S. C. Trebellian. totum ita cuique legatariorum dedit, ut in nullius legatarij persona dividere voluisset: aperte enim constat, noluisse, quod solidum singulis reliquit: quod aded verum est, ut si unus eorum accipiat legatum, videatur hæreditatem; ei nihil de solido, quod ab initio habuit, decrevisse videatur potius, quam accrev. ff. tunc enim accrevisse dici potest, quando sicut in usufructu per concursum pars divisa, ad eum totum redditur, à quo divisa fuit dict. l. idem Neratius 3. §. 1. ff. eod. tit. de usufruct. accresc. non verò tunc quando à principio solidum habenti per repudiationem aliorum nihil additur; cum ex postfacto totum habeat integrum & à principio etiam totum habuisset non diminutum. Itaque cum impossibile sit per rerum naturam à principio scripturæ testamenti, ut singulis solidum dari possit, antequam ullus legatariorum repudiaverit; neque quisque eorum petere possit de hereditate, vel legato nisi illam partem quæ ipsi pertineret, si omnes adissent hereditatem; leg. si ex pluribus 2. ff. si pars hered. petat. l. plane 34. §. sed si 10. ff. de legat. 1. & rerum conditio non patitur, ut res eadem lapsius præsteretur dict. l. plane 34. §. 1. & 2. ff. de legat. 1. l. Mævius 60. in princ. & §. 1. ff. de legat. 2. ided legatum illud totius à principio nullum esse videtur per Catonianam regulam, quæ improbat ea, quæ tunc quando relinquuntur, si testator decessisset; secundum ejus voluntatem subsistere non poterunt: voluntas enim testantis in hoc legato est, ut singulis in solidum totum legatum, seu tota hereditas præsteretur. Unde evidens, & aperta pugna esse videtur inter regulam illam, & jus accrescendi: ita ut Catoniana quasi priores effectus habens, cum statim ab ipsa perfectione scripturæ vires suas exercent, jus accrescendi removeat, tollat, atque omnino extinguat.

per ea verò, quæ ex ipso testamento oriuntur, necesse est secunam scripti juris rationem expediri. Ulpian. in l. cetera §. 2. ff. de legat. ibi: Et siquidem ab initio non consiliis legatum, ex post facto non convalescet. Itaque, cum totum, quod singulis datum est, ex ipso testamento proficiatur; & singulorum quoque vel hæredum, vel legatariorum nomina expressa sunt; quæ qui lem ab ipso testamento etiam proficiuntur; inde est, quod ab initio, dum nullus repudiavit, neque repudiare potuit, quia nondum adhuc delatum est; l. 1. §. decretalis 7. ff. de succes. edict. l. si ita sit scriptum 45. §. 1. ff. de leg. 1. Anton. Fab. lib. 18. conject. cap. 4. DD. Martin. de Latreategui lib. 5. select. jur. disput. cap. 2. num. 9. & 10. non possit valere hoc legatum: nam non in unius tantum persona valere debet ex scriptura quod relictum fuit, sed in omnium legatariorum, qui scripti fuerunt in testamento, & tunc in rerum natura erant: & hac ratione, & non alia dicitur, conjunctos unius personæ potestate fundi dicitur, conjunctos unius personæ potestate fundi; & licet revera plures sint, una tamen persona tantum videtur esse. l. plane 4. in princ. ff. de leg. 1. neque eorum quilibet per se separare, neque dividere possit legatum, si forte ceteri non concurrunt: sed in omnium persona impossibile est; ut valeat legatum; quia dato semel solido uni ex legatariis, non superest aliud solidum, quod alteri dari possit, & sic de singulis, vel si de solido aliquod alteri detur, summa ipsa dationis decrevit: & tunc solidum unius esse dici non potest, ut disertissimè docet Lact. Firmian. de ira Dei cap. 11. his verbis: Si autem sunt multi, dum habent singuli potestatis aliquid, ac numinis summa ipsa decrevit; nec poterunt singuli habere totum; quod est commune cum pluribus; unicuique tantum acquiris, quantum ceteri possidebunt; ergo non potest disputari, an repudiante uno legatario, illius pars accrescat alteri, qui suam partem legati agnovit: cum per Regulam Catonianam legatum totius, quod singulis legatariis in solidum datur ex scriptura, maneat improbatum. l. 1. ff. de regul. Caton. & per consequens jus accrescendi stare non potest, neque in hereditatibus, neque in legatis; cum illud jus per Catonianam Regulam improbatum statim ab ipsa scriptura legatum, seu hæreditatem, expellatur.

Si superiora, vera sunt; necesse est, ut falsa sint, 3 quæ passim de jure accrescendi apud Consultos inveniuntur scripta; dum dicunt, non solum dari jus accrescendi l. qui patri 59 ff. de acquir. hæred. l. bona 3. §. ultim. ff. de honor. possess. l. item quod 17. §. 1. ff. de hæred. instit. l. 1. in princ. & §. interdum 3. l. idem 3. in princ. & §. non solum 2. & passim ff. de usufruct. accresc. sed aded efficaciter dari, ut pars hereditatis non adita, vel legati non agnita accrescat ei parti, quæ adita, vel admissa est etiam in vivo hæredi, aut legatario, muto, surdo, infanti, furioso, si partem hereditatis adivit, vel partem legati admisit: l. qui ex duobus 3. §. 1. ff. de acquir. hæred. l. unica §. his itaque 10. vers. & hoc nolentibus Cod. de caduc. tollend. l. quoniam 20. Cod. de jur. de liber. Anton. Fab. de error. pragmat. deced. 50. error. 1. num. 1. Anton. Pichard. de acquir. hæred. cap. 29. num. 43. D. D. Melchior. de Valentia illustr. jur. tract. 1. cap. 1. num. 1. Donel. lib. 7. comment. jur. civil. cap. 11. & ibi Osvauid. l. iter. C. & P. Ratio est, quia adivit hereditatis partem suam, vel legati partem admisit, jam totam hereditatem à principio adijisse videtur, vel totum legatum agnovisse, cum partem suam hereditatis adivit, vel legati partem suam admisit dict. l. qui ex duobus §. 1. leg. si totam 83. Digestis de acquirend. hæred. leg. hac scriptura 26. si. 1. Digestis de condit. & demonst.

Hæc difficultas non dissolvitur etiam, si quis dicat posse contingi, ut per jus accrescendi legatum totius convalescat in persona unius legatariorum: nam hoc fieri non sinit regula Catoniana, quæ efficit, ut quod ab initio non valeret, si testator tunc decessisset, ex postfacto non convalescat: nihil enim ex scriptura potest valere, quod ab initio non potuerit: quia, ut Javolenus ait in l. omnia 201. ff. de regul. jur. omnis, quæ ex ipso testamento proficiuntur, ita statim eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint & Celsus Jurisconsultus in l. in his 16. ff. de cond. & demonst. ibi in his, quæ extra testamentum in ceterent possunt res ex bono & aqre interpretacionem in c.

demonst. l. cum ex filio 39 §. ult. ff. de vulg. & pupil. sub-
stit. Ergo apud parum Amhorens jus accrescendi sic
quens fuit, & cogente necessitate introductum: quod
per Regulam Antonianam tam facile auferendum
non erat.

4 In tanta juris contrarietate, à paucissimis inter-
pretibus adhuc observata, viam parum tritam ag-
gredimur; id est utinam felici calculo hanc quæstio-
nem delineare valeamus: & ut hoc mihi in votum
contingat, aliud juris accrescendi materiam oportet,
ut repetamus ex definitione, & ratione ejus inducen-
dæ. Tamen obiter moneo, non esse ex instituto no-
stro omnia ad jus accrescendi pertinentia explicare;
sed solum ea, quæ conducunt ad expeditionem no-
stræ quæstionis: puta quomodo solidum, quod impos-
sibile est, ut singulis detur à principio; per jus accres-
cendi nri ex heredibus, vel legatariis est postfacto
pertinere possit, quin violetur potestas Regule Ca-
tonianæ? & ita hæc quæstio, sicut nova, noviter exi-
gitanda est. *Jus accrescendi est jus, quo pars hereditatis
non adita, vel legati non agnita, ei parti accedit, qua
adita vel agnita est: hæc definitio deducitur ex his,
quæ docet Donel. lib. 7. comment. jur. civil. cap. 1. 2. in
prinç. quia deficiens portio tacito jure, sicut in aliis
rebus, l. si Titio 3. §. 1. de usufruct. l. interdum 10. ff. de
usufr. accrescit in hereditate, & in legatis vel in
incrementum latens; ac alluvio tacite portionis, quæ
deficit, partem aditam vel agnitam sequitur; & non
personæ, sed parti acquisitæ accrescit, dict. l. si totam. l.
si ego 26. l. si quis 33. l. servus communis 67. ff. de ac-
quir. dict. l. hæc scriptura 16. §. 1. ff. de condit. & demonst.
dict. l. 3. §. ff. de honor. possess. l. æquissimum 2. §. pro qua
2. ff. de honor. possess. secundum tabul. Anton. Fab. de er-
ror. pragmat. dec. 50. err. 1. & dec. 80. err. Cujac. in dict.
l. unica §. si ita 10. C. de caduc. tollend. Bartol. in l. re con-
juncti 89. ff. de legat. 3. num. 26. Iason. ibid. Itaque si
quis decesserit, postquam suam partem acquisierit,
& cohæredum partes deficere contingat, ad hæredes
suos transmittit, quasi junctæ antea fuissent adite
portioni, à quadifcedere non possunt, dict. l. l. & l. si ex
pluribus 9. in prinç. ff. de suis. & legit. hered. Anton.
Gomez & quos ille adducit 1. tom. var. cap. 10. nu. 35.
DD, Melchior de Valentia plures referens dict. tract.
1. cap. 3. n. 1. 2. & seqq. Ant. Pichard. de acquir. hered.
cap. 29. num. 3.*

5 Ex qua definitione juris accrescendi reprobavi-
mus rectè aliam ejusdem juris definitionem, scilicet,
*jus accrescendi est jus reinenda partis ejus, qui non con-
venit traditæ à Cujacio in parat. de usufr. accresc.
& tract. 5. ad African. in l. qui usufructum 36. ff. de
usufr. & lib. 12. observat. cap. 12. lib. 2. definit. Papin. in
l. cum singulis pen. ff. de usufr. accresc. & lib. 17. quæst.
Papin. in l. si cui 3. §. hæc autem 1. ff. quib. mod. usufruct.
amittat. quam definitionem refert, & sequitur An-
ton. Pichard. in §. si eadem res 8. inst. de legat. sub num.
27. & de acquir. hered. cap. 29. num. 6. ubi ait, illa defi-
nitione non solum comprehendit jus accrescendi; sed
etiam jus non decrescendi; de quo credit agi apud Ju-
stin. in l. unica §. ubi autem 11. vers. fin. autem C. de
caduc. tollend. & faretur (quod & verum est) Anto-
nium Fabrum admisisse jus non decrescendi de error.
pragmat. dec. 49. err. 1. num. 8. & err. 4. num. 3. quorum
sententia non adeo rationibus vacat, quod non ha-
beat in defensionem sui rationem efficacem, quâ ni-
ratur. Nam si singuli à principio totum legatum, seu
hereditatem totam habeat l. conjunctim 80. ff. de le-
gat. 3. quid ei toti accrescere potest per repudiatio-
nem cohæredum, vel collegatariorum? itaque cum
cæteri partes admittunt, decrescunt à toto; quando
verò repudiam; totum integrum manet, sicut à prin-*

cipio erat: ergo rectius dicitur jus non decrescendi.
Hac tamen ratione non obstat definitio hæc falsa
est, & ex ipsius definitionis verbis funditus evertitur:
nam si pars est ejus, qui non concurrat, ut asseritur
in definitione, quare non dicitur ab eo accresce-
re, si ut dicitur ejus esse? si de omnibus unus tantum
acceperit partem, verum est, cæterorum partes ei ac-
crevisse, quia repudiaverunt eas: & quod tunc non tam
videatur accrevisse, quàm totum ab initio ejus fuisse
l. Titio 34. ff. ad leg. Aquil. Seja 10. ff. de dot. preleg.
l. virum 7. ff. de reb. dub. eadem ipsâ ratione, qua ceteri
omnes repudient, nulli unquam legatum videatur l.
legatarius 38. §. 1. ff. de legat. 1. Sed non nititur in ista ra-
tione jus accrescendi, in quo necesse est, ut multi le-
gatarij sint: itaque si collegatarius, seu cohæres, post-
quam alter suam partem agnovit, & ille suam agnos-
cat, à principio illam partem ejus fuisse creditur; ita
necesse est, ut postquam repudiaverit, ab eo alteri ac-
crescere dicitur: unde provenit, quod unusquisque,
cum alter non repudiet, non possit sibi vindicare
nisi partem, quam habere, si omnes concurrissent:
l. 2. ff. si pars hered. petat. l. planè 34. §. sed si in pupil-
lo 40. ff. de legat. 1. ibi: Interim igitur partem ha-
bebit is, cui in suo testamento legatus: Ergo ut aliam
partem vindicare possit, accrescit ei ob repudiatio-
nem alterius, qui sibi partem agnosceret, & acquirere
veluit: itaque eum non sit in potestate ejus, qui par-
tem admittit, nè altera pars ejus fiat, sed in potesta-
te ejus, qui nondum agnovit suam; merito dicitur
ab eo partem accrescere, ex cujus repudiatione factum
fuit, ut altera pars ei pertineret: ergo in decrescendi
esse non potest, non solum ex rationibus superioribus,
quæ id evincunt; sed etiam, quia nullibi apud
prudentes illud scriptum invenitur, ut tradit An-
ton. Fab. dict. dec. 49. err. 4. num. 3. vide Osuval-
dum lib. 5. comment. Donel. cap. 15. litter. l. ac per
consequens falsa est definitio supradicta, quæ jus
accrescendi per jus non decrescendi demonstrare
tentat.

Inductum est jus accrescendi hac primâ, & sum-
mâ ratione: quasi absurdum sit, quod quisquam
unum, & idem, quod ei relictum est, partim pro-
bet, & partim improbet; partim accipiat, & par-
tim accipere recuset: quod etiam attenditur, in singu-
lis successoriis invenitur. In hereditatibus enim
accrescendi eas inductum esse constat; ne quis pro
parte hæres esse velit, pro parte verò nolit, l. 1. & 2.
ff. de acquir. hered. l. quidam 20. vers. placuit, C. de
jur. deliber. l. unica §. si ita 10. C. de caduc. toll. In lega-
tis verò eadem ratione ne eadem res eidem legatario
partim sit legata, partim non sit legata: l. legatari-
us 38. ff. de leg. 1. l. neminem 4. l. grege 6. l. si cui
58. ff. de legat. 2. l. cisi 6. §. vltim. cum l. sed. ff. de
boni libertor. Paul. lib. 3. sent. tit. 6. §. ejus rei. Quæ
ratio, quia generalis est, etiam in contractibus lo-
cum habet; nam & in his dicitur, quod is, cujus
est illa res, de qua agitur, ut totam approbet, vel à
tota recedat: l. cum queritur 16. ff. de administ. tu-
tor. l. si cum 9. ff. de compensat. l. cum hereditate 55.
ff. de acquir. hered. l. Julianus 30. ff. de petit. hered.
l. cum fundus 31. §. 1. vers. sed adijcere debuit. ff. de
reb. cred. l. de posui 38. §. 1. ff. de pecul. l. si servus 57.
ff. de adil. edict. l. & ideò §. vltim. ff. de act. rer. amo-
tar. l. Iulianus 13. §. offerri 8. l. qui pendentem 25.
ff. de action. empti. Ratio est, qui contractus natura
est postfacto, seu hereditatis, indivisa ea: l. cum ex
causa 139. ff. de P. O. l. non enim 28. ff. ad S. C. Tre-
bellian. l. si hereditatem 32. ff. mandati l. more 8. ff.
de acquir. hered. Itaque licet hæc summa ratio, quâ
nititur jus accrescendi, videatur clara in uno hærede
vel

vel legatario: l. in causa 27. ff. de procurat. tamen vide-
tur parum facere ad propositum. cum jus accrescen-
di non deur nisi inter multos cohæredes, seu colle-
gatarios: hoc non obstante dicendum est inter mul-
tos conjunctos eandem rationem intervenire: quia
plures conjuncti potestate unius personæ funguntur,
ut ex l. planè 34. in prinç. ff. de legat. 1. docuimus
suprà.

7 Rationis verò hujus sic interpretandæ causa di-
versa in hereditatibus est, ac in legatis: in heredita-
tibus enim ratio hæc ex ipsa necessitate juris reddi-
tur, quia hereditas, qua repræsentatur defuncti
persona individua est: cum enim persona defuncti,
quæ repræsentatur per hereditatem individua sit; &
hereditas, & hæres ad hoc introducta sit, ut defuncti
personam substituat: l. hereditas 61. ff. de acquir. rer.
dom. l. hæres, & hereditas 22. ff. de usufruct. l. nova-
tio 24. ff. de novat. l. 2. §. 2. ff. de preter. stipulat.
novel. 48. in prinç. glos. in l. cum à matre 14. C. de
rei vindicat. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 8. prinç.
7. illat. 5. & tit. 12. prinç. 2. illat. 3. D. D. Mel-
chior de Valentia de acquir. hered. cap. 1. num. 16.
Joan. Daut. de testam. num. 53. Aegid. Horten. in §.
at si ita 3. instit. de V. O. & prinç. instit. de stipulat.
servor. Donel. lib. 6. comment. jur. civil. cap. 2. ibi
Osuald. litter. E, necesse est, ut hereditas ipsa, per
quam repræsentatur defunctus, individua sit. Pom-
ponius 8. in fin. ff. de rei vind. l. 1. §. qui nimo 2. ff. si
hered. petat. itaque hæres hereditatem scindere pro
parte non potest, ita ut non repræsentetur in totum
integra defuncti persona: Ideò statim ei partem
adeunt aliquid; cæteri omnes ejus hereditatis par-
tes, etiam invito, & ignorant (ut diximus) accres-
cunt: l. si plures 17. ff. de cond. instit. l. 1. & 2. l.
si quis 7. §. in omni 2. l. si ex asse 10. l. si ego 26. l. si
duo 38. l. cum hæres 53. §. 1. l. cum hereditate 55. l.
seq. l. qui patri 59. l. si tu ex parte 76. l. servus com-
munis 67. ff. de acquir. hered. l. hæc scriptura 16. §. 1.
l. si separavim; ff. de condit. & demonst. D. D. Mel-
chior de Valentia de acquir. hered. cap. 5. num. 2.
& seqq. & cap. 6. passim & tract. 1. illustr. cap. 2.
num. 1. & seqq. ubi plures alios adducit. Supradictis
merito reprobat ratio Anton. Pichard. de acquir. he-
red. cap. 9. num. 8. dicentis ideò dari jus accrescen-
di, ne quis decedat pro parte testatus, & pro parte in-
testatus: l. jus nostrum 7. de reg. jur. quam rationem
rectè improbat Faber dec. 49. err. 1. Valentia d. tract.
1. c. 2. n. 3. & seqq.

8 In legatis verò causa inductiva juris accrescendi
non est individuitas legati neque necessitas repræ-
sentationis defuncti; nam legatarij non possunt re-
præsentare defunctum, quia non sunt juris successo-
res: l. quadam 9. §. nihil interest 1. ff. de edendo, l. 2.
Cod. de necessar. serv. hered. instit. & ideò Ulpianus
in l. qui testamento 20. ff. qui testam. facere poss. ait,
hæredem non posse testem esse in eo testamento,
quo hæres instituitur; quia non sicut hæres idem
cum defuncto esse videtur; ita & legatarius creditur,
idem cum testatore esse; sed tota pendet à vo-
luntate testantis, quæ colligitur ex modo, quo con-
junctos esse testator voluit omnes legatarios, ut rectè
docet Anton. Fab. d. dec. 49. error. 1. num. 8. Anton.
Pichard. in dict. §. si eadem res 8. instit. de legat. num.
28. & 100. & dict. tit. de acquir. hered. cap. 29.
num. 17.

9 His, quæ hucusque diximus, præsuppositis, ve-
rum est, jus accrescendi suos proprios effectus ha-
bere, quibus Regula Antoniana non repugnat; &
quod inter utrumque nulla contrarietas sit, si verum
jus accrescendi modum temperè dextrè intendamus:

qui quidem modus sic constituendus est. Singuli
ex conjunctis, inter quos solum jus accrescendi
solidum legati, vel hereditatis initio quidem à scri-
ptura testamenti habent: l. conjunctum 80. ff. de legat.
3. l. 1. §. interdum l. idem Neratius 3. ff. de usufruct.
accresc. Ulpian. in fragm. tit. 24. §. si duobus 12. An-
ton. Fab. lib. 6. conjest. cap. 1. Donel. lib. 8. comment.
jur. civil. cap. 20. Sed nos statim etiam ab ea scri-
ptura, & ab eo solido partes unicuique deductas. &
applicatas, concursumque factum esse fingimus nos-
tra intellectu à interpretatione: itaque post concur-
sum hunc fictitium si à reali, & vero concursu lega-
tarii aliqui, vel cohæredes se abstinerint; id est,
si repudiaverint suas partes, & sibi pertinere nolle
declaraverint; evacuari, seu extinctâ tunc fictione,
qua à principio partes de solido separavimus; ite-
rum solido, quo segregatæ erant, redeunt: itaque
hæc restitutio ad totum, unde separatæ erant,
jus accrescendi dici debet, non verò jus non decre-
scendi. Finge hanc scripturam Scio, & Titio, & Sem-
pronio fundum Tusulanum do, sic Celsus in dict. l. con-
junctim. 80. ait. totum legatum singulis datum esse
oportere, quia in ejus datione nulla facta est men-
tio partium. Unde fit, ut ex ea scriptura singuli le-
gatariorum, vel hæredum solidum habeant. Solidum
hoc, si absque partium separatione conservemus,
impossibile exitum habet in multis conjunctis: l.
quod contra 141. §. 1. ff. de regul. jur. quia impossi-
bilis est prælatio unius rei, multus in solidum facien-
da: dando enim insolidum uni rem, nihil superest,
quod alii insolidum dari possit. Quid erit, si omnes
legatarii, vel cohæredes tandem accipiant partes suas?
non erit verum dicere, partes ab initio legatas vi-
deri; maximè, quia legatum eodem modo, quo
extitit ex postfacto, à principio fuisse intelligitur,
alioquin non videretur datum à testatore, si ex post-
facto constiteret diversimodè, ac defunctus de-
disset. Itaque in eo etiam casu, quo omnes le-
gatarij, seu cohæredes agnoscerent, & adirent
suas partes, necessarius est jam ab initio testamen-
ti concursus, & necessaria divisio quælibet imagi-
naria.

Respectu rei legatæ, quæ una est ab initio, unum
videtur esse legatum; ratione verò personarum, quæ
re vera plures sunt, plura jam ab initio videntur le-
gata (vide quæ dicemus infra num. 12. hoc cap.) quale
eorum verius sit, eventus tandem declarat. Interim
nobis competit ita statuere jus legati, ut quocumque
eventu futuro legatum potius valeat, quàm pereat;
& certum est, quod periret, si de solido illo par-
tes à principio unicuique non tribuerentur: ratio est,
quia conjuncti omnes pares sunt: statim à conjunctio-
ne, quam ipse testator fecit, concurrere videntur; & si-
bi invicem partes auferri: & sic constituimus ratio-
nem juris accrescendi per imaginarium concursum.
Hujus sententiæ omni fide dignus Author est Ulpia-
nus in l. planè 34. §. si conjunctim 9. ff. de leg. 1. ibi:
Si conjunctim res legatur; constat partes ab initio fieri,
quomodo verò fiant, non declarat Consultus; sed id
deduci debet ex his, quæ diximus nempe fieri nostra
interpretatione, & ex ea descendit tota machina juris
accrescendi: quo jure sit, ut partes quæ ex toto dedu-
ctæ sunt per hunc concursum interpretativum, ad
suum totum, seu ad pristinum scripturæ jus redeant:
& hoc interpretandi genere benigniorem interpre-
tationem sequimur, quod non minus justus est, quàm
tutius: ea quæ 192. ff. de regul. jur. l. hoc articulo 29. ff.
de hered. instit. l. si tibi 8. §. unius 1. ff. de opt. legat. hoc
enim modo in singulis conjunctis aliqua ex parte le-
gatum servamus: quod si non fieret, ab initio jam tes-
tamenti

stamenti facti per Regalam, Catonianam totum irritaretur: quia impossibile est, singulos legatarios, vel hæredes, quibus legatum, vel hæreditas data est, solidum legatum habere, antequam ullus eorum repudiaverit: & impossibile est, ut diximus supra, eandem rem sæpius præstare. *l. planè 34. §. 1. & 2. ff. de legat. 1.* quia testator eam non sæpius, sed semel tantum omnes pervenire voluit: *l. anobis 85. ff. de legat. 1.* Unde provenit, ut si aliqui, quibus partes per interpretationem applicantur; quam partem repudiaverint; tunc evacuatà jam fictione, qua separatio partium subsistebat; ad totum, à quo partes interpretative separatæ erant; restituantur, & totum componant, ac si nunquam à toto separatæ fuissent: & hoc sine dubio significare voluit Ulpianus in *l. legatarius 38. §. 1. ff. de legat. 1.* his verbis *Si legatum nobis velictum constituerimus nullo ad nos pervenire; pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit, & in leg. 1. §. ultimum 6. vers. quomvis ff. si quid in fraud. patronor. ibi: Quomvis enim legatum verò nostrum sit, nisi repudiatur: at tamen cum repudiatur, verò nostrum non fuisse palam est, & alii textus supra adducti. cap. 2. num. 12.* quorum sensus hic est, ac si apertè dixisset: lex nobis fictione applicat has partes, quas haberemus, si verè, & realiter singuli concurrissent: itaque fictione illa extinctà ipsa vi repudiationis nihil superest, quod nobis tribuat partes; obliviscimur fictionis, & redimus ad veritatem, ac si nunquam ab ea discesserimus: & cum revera totum legatum, seu hæreditas singulis datum fuit, post sequentem repudiationem ad eum casum devenit, ac si non fuisset à principio legatum datum, qui ex sua parte repudiavit.

Omniùm optimè superiora prebat Justinianus in §. *erat olim ultim. instit. de donat.* his verbis: *Erant olim & alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi, quod est tale, & in sequentibus exemplum ponit in servo communi: natura domini, quod in servo communi domini habent, hæc est, ut servus communis sic omnium sit, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utque indivisus; ut intellectu magis partes habeat, quàm corpore: *l. si servus 5. ff. de stipulat. servor.* Pars verò quæ juris intellectu sit, non est hæc; vel illa, quæ assignari possit; nam hujus, vel illius domini; non singulorum propria est, sed utriusque communis; ut de quaque parte totum confici, & mutari possit, quotiescumque incidit, donec totum extinguatur: *l. Mævius 66. §. sed si pars fundi 2. ff. de legat. 2.* vel donec nullo sit persona, cui pars assignari possit propter partis suæ repudiationem: & exinde provenit, quod domini per servum communem perinde pro conjunctis inter se habeantur, ac si singulis deminis totum legatum datum esset, partisque inter eos concursu fierent, ita, ut quod alter eorum capere, vel nolverit, vel non poterit; id alteri accrescere possit: *l. 1. §. denique 1. ff. de usufruct. accresce.* (de cujus explicatione & conciliatione cum *l. & Proculo 20. ff. de legat. 2.* agemus infra *l. b. §. cap. 8*) Et idèd si alter ex dominis pro sua parte libertatem servo communi dederit, quia datione libertatis eam partem repudiavit, alteri domino illa pars accrescit ex eo, quod ipsa repudiatione extinguatur, & evacuetur fictio illa per intellectum concepta tantum, non verè sensibus contacta, qua separatæ apud unumquemque dominum partes concipiebamus: unde cum partes illæ per fictionem intellectus separatæ, extinctà fictione ad totum, unde segregatæ erant, restituantur; ideo Imperator Justinianus ait in *dist. §. erat olim jus accrescendi esse modum acquisitionis, quia redeundo illæ partes ad to-**

tum, nunc solidum consequitur verè dominus, qui ante per fictionem intellectus non nisi partem habebat: alioquin non rectè loqueretur Imperator dicens: jus accrescendi modum esse acquisitionis; sed debuisset potius dicere modum retentionis esse: acquirimus enim quod nostrum non est: *l. & an. eadem 14. §. actiones 2. ff. de except. rei judic. §. sed si rem in iustit. de legat. l. planè 34. §. sed si non corpus 3. ff. de legat. 1. l. omnes 17. l. ex promissione 19. ff. de obligat. & act. l. possideri 3. §. ex pluribus 4. ff. de acquirend. possess. l. existimo 98. ff. de V. O.* Itaque si totus servus esset unius domini, tunc; cum partes per interpretationem haberet unusquisque, repudiaria parte ab altero, non daretur modus acquirendi; neque jus accrescendi esset modus acquisitionis; & improprie diceretur jus accrescendi, modus acquisitionis; cum deberet potius dici, modus retentionis; quod ineptum esset diceret: non enim potest credi Imperatorem Justinianum improprie loquutum fuisse, sed veram juris accrescendi rationem mirò ingenio in d. nobis tradidisse.

Hæc eadem sententia probatur ex Jurisconsulto Pomponio in *l. si duobus 16. ff. de legat. 1.* cuius hæc sunt verba: *Si duobus res conjunctis legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi putatur esse: ergo statim à scriptura partes factæ erant ejus solidi, quod relictum erat duobus: alioquin totum haberet is, qui in rerum natura erat: quia is, qui in rerum natura non erat, partem sibi avocare non poterat concursu reali (quare verè per jus accrescendi non pertinet totum ei, qui in rerum natura est, docemus infra num. 19. & seqq.) Eiusdem sententia asserto est Julianus in *l. in p. m. d. 84. §. si Titio, & Mævio 8. dist. tit. ibi: Si Titio, & Mævio legatus fuerit Stichus, qui Titij erat; debetur pars Stichi Mævio: nam Titius quamvis ad legatum non admittatur, partem faciet, quomodo ergo partem faciet pro concursu reali non potest, quia nemo admittitur ad legatum rei suæ: *§. sed si rem legatarii 10. instit. de legat. l. cum servus 39. §. si Titius 2. ff. de legat. 1. l. proprias 13. Cod. de legat. 1. dist. tit. & Stichus legatus erat Titij, & quod ejus erat, amplius ex causa legati, sicut neque ex alia ulla, ejus fieri poterat: dist. §. sed si rem dist. l. planè 34. §. sed si non corpus 3. in fin. l. servus 109. §. Stichum 4. ff. de legat. 1. dist. tit. & eadem 14. §. actiones ff. de except. rei judic. l. non est ex pluribus 139. ff. de regul. jur. §. si tunc que adserit 24. instit. de actionib. Itaque necesse est, ut Titius partem faciat per interpretationem concursum, quod à principio seipsum fingimus, partes applicatas fuisse; & unicuique legatariorum datam fuisse illam, quam habiturus esset, si omnes conjunctim postea verè, & realiter concurrissent; alioquin enim totum legatum Mævius alter collegatus à principio haberet, cum sit conjunctus cum eo, qui concurrere realiter non potest, etiam si velit: per concursum enim realem unusquisque acquirit dominium rei legatæ pro ea parte; quæ ipsi competit: & Titius non poterat concurrere Stichum facere magis suum. Unde provenit, ut necessitate compulsi ad concursum illum interpretativum recurramus.***

Javolenus etiam, quantam auctoritatem hæc sententia necessariam esse credi potest, expressè tribuit, in *l. cui fundus 56. ff. de condit. & demonstr. ejus verba sunt hæc: Cui fundus legatus est, si de eum dederit, partem consequi non potest, nisi totam pronuntiam numeravisset. Dissimilis est, inquit, cum duobus eadem res sub conditione legata est; in hac enim conditione statim à testamento, quo pluribus conditio apposita est, divisiva quoque in singulis personis videri potest: Et idèd*

singuli cum sua parte, & conditioni parere, & legatum capere possunt: nam quomvis summa univèrsa conditio sit adscripta, enumeratione personarum potest videri esse divisiva. Quibus verbis Consultus docet, conjunctione ipsa concursum fieri, & in effectu conjugii nihil aliud esse (vide infra hoc cap. num. 46.) quam concurrere, superiora verba etiam perspicue probant, quæ supra hoc cap. num. 10. docuimus; scilicet quod licet ratione rei legatæ, quæ una est, unum videatur esse legatum; tamen ratione personarum, quæ revera plures sunt, plura ab initio videti esse legata: ibi enim ait Consultus, *Nam quomvis summa univèrsa conditio sit adscripta, enumeratione personarum potest videri esse divisiva.* Ex quibus, rectè edocti à Javoleno, arbitratur in legato, seu hæreditate multis conjunctim insolidum relicto, partes ante realem concursum per juris interpretationem factas fuisse ab conjunctione.

13 Papinianus quoque hujus rei non leve testimonium nobis præstat, in *l. cum pater 77. §. cum pater fideicommissum 7. ff. de legat. 2.* ibi enim hæc scripta reliquit; *cum pater fideicommissum prædiorum: & testamentum matris filia deberet: eandem pro parte ita hæredem instituit, ut hæreditatem fideicommissum componeret: eademque prædicia filio ex hæredito dari voluit. Quamquam filia patris hæreditatem suscipere noluisse, fideicommissum tamen, ab hæredibus esse filio præstandum, ad quos hereditatis portio, quam acceperat filia, redierat; placuit.* In quibus notanda sunt verba, *quamquam filia patris hæreditatem suscipere noluisse,* quæ apertè demonstrant, quod hæreditatem sibi delatam filia repudiasset; ac per consequens nonquam illam realiter accepisset: tamen in verbis sequentibus ait Papinianus accrevisse cohæredibus portionem hæreditatis, quam antea filia acceperat; ibi: *ad quos hereditatis portio quam acceperat filia, redierat:* ergo probat manifestè ante realem concursum, & ante veram additionem hereditatis in his casibus, in quibus datur jus accrescendi à principio juris interpretatione partes applicari unicuique hæredum, vel legatariorum; & credi, illas singulos eorum accepisse: alioquin si verba illa, *quam acceperat filia de vera hæreditatis additione sumerentur,* fallum esset dicere, portionem illam cohæredibus accrevisse: quia semel acquisita hæreditas, non potest iterum repudiari: *l. sicut major 4. C. de repud. vel abst. in hæred. in hæredem enim ad eundem transfertur omne id, quod fuit hæreditatis; l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. cum hæres 23. ff. de acquir. possess. & sit exinde hæreditas proprium hæredis patrimonium: l. 1. ff. de separat. l. sed si plures 10. §. filio 2. ff. de vulgar. & pupillar. substit. l. procuratorem 90. §. ff. de acquir. hæred. Tiraquel. de rer. act. consanguinitari. §. 11. gloss. 1. n. 8. Petrus Surd. conf. §. 52. n. 2. & cum aliis Melchior de Valentia de acquir. hæred. cap. 1. num. 10. Anton. Fab. in jurispr. papin. tit. 6. princ. §. illat. 18.* Quod quidem patrimonium, etsi postea hæres à se abdicaverit, non accrescit cohæredi, quia nihil defuncti est jam in eo patrimonio, ut idem Faber rectissime docet *dist. illatione:* ergo necesse est, ut illa verba Papiniani, *quam acceperat filia de interpretativa partis applicatione facta, non verè de reali, & vera intelligamus.* Neque melius interpretatur illa Cujacius *lib. 2. resp. 1. Papin. dum dicit: portio, quam acceperat filia, id est, quæ ei testamento adscripta erat; non enim tam superat ingenij Jurisconsulti mens tam nimie vulgaris poterat esse; sed hæc altera, quam adnotavimus*

14 Præcipue cum ipse in *l. filius 42. §. 1. de bon. lib. mul. èvidentiùs sensum nostrum exhibeat, dum ait: Castrensiùm bonorum Titius liberum fecit hæredem: Castrensiùm alium: adita est à Titio hæreditas. M. agis*

*nobis placebat, non dùm patrum possessionem contra tabulas petere posse. Verum ita quæstio intervenit, an omittente eo, qui reliqua bona accepit, perinde Titio accrescat, ac si partes eisdem hæreditatis accepisset. Ubi Papinianus quaerit, an si forte ille, qui reliqua bona accepit, hæreditatem omiserit, ea bona ut in jure communi perinde Titio accrescant, ac si ab initio totum accepisset: quod non quaeretur, si à principio partes non fierent ante additionem hæreditatis, jurisconsultus Paulus idem docet, in *l. si patrum 44. §. si ex bonis 2. in §. ff. ad tit. de bonis liber ibi: dem est, est pars legatæ liberati relicti ab eo, cui simul datum erat, vel hæreditatis, nunc illis hinc inde, accrescat.* Ubi demonstratur, totum liberto legatum esse; partem tamen ab initio habuisse; partem ei ab eo, cui simul datum erat, postquam abstinuit, accrevisse. Cæterum comparatio, quæ fit de alluvione, & jure accrescendi in *dist. §. 14. §. 2. nostrum sensum evidenter persuadet: alluvio enim non decrescendo, sed accrescendo contingit; non à majori ad minus; sed à minori ad majus efficitur: & necesse est, ut ea pars, quæ per alluvionem conjungitur fundo, cui accrescit, ante alluvionem esset separata ab eo prædio: idèd rectè alluvio vocatur incrementum, in §. præterea 2. instit. de rer. div. l. si Titio 32. §. 1. ff. de usufruct. §. ult. instit. de donat. Quibus instructi rectè etiam nos credimus in legato, seu hæreditate pluribus conjunctis relicto à principio ipsius conjunctionis partes separatæ fuisse secundum numerum legatariorum, seu hæredum: nam accrescere non poterat toto, quod prius ab ipso non fuisset separatum.**

Idem, quod in legatis, & hæreditatibus supra diximus, observatur etiam in stipulationibus; quarum exemplum proposito nostro mulcum facit; *l. usufructum 5. ff. de usufruct. legat. l. cum servus 19. §. fructus 1. vers. ipsius ff. de legat. 1.* in illis etiam personarum conjunctio unam stipulationem dividi in plures stipulationes: quod non potest fieri nisi ab initio: quia in stipulationibus initium semper spectatur: *l. usufructus 26. ff. de stipulat. servor. l. si filius familias 78. ff. de V. O. l. quidquid 40. dist. tit. de stipulat. servor. l. non omne 144. §. ff. de regul. jur. l. potior 11. §. 1. ff. qui potior in pign. habeant. Ioan. Borcholten. de verb. obligat. cap. 6. num. 56.* Audi nunc, quid faciendo comparationem de stipulatione ad legatum scribit, Iulianus in *l. eum qui 56. ff. de verb. obligat. Eum, qui stipulatur mihi, & Titio decem dare spondes: verosimilius est, semper unam de eum communiter sibi, & Titio stipulari: sicuti qui legat Titio, & Sempromio non aliud intelligitur, quàm una decem communiter legatæ duobus, ut dicitur in *d. l. 56. esse insolidum singulis legare decem: l. licet 17. ff. de positi leg. si reos 20. Digestis de legat. 3. hoc ipsum probant Celsus: in leg. duos 14. Digestis de usufructu legat. Velnucius in *l. cum ex causa 19. ff. de verb. obligat. facit text. in l. puzilli §. pen. ff. de solut. l. cum qui 14. §. idem dicunt 7. ff. de furt. & ea, quæ infra dicenda sunt hoc cap. num. 33.***

Jurisconsultus Paulus in *l. servus urbanis 99. §. ult. 16. ff. de legat. 3.* ait: *Si alij verba, alij cursores legati sint; si quidem & verba, & cursores sint, cursoribus cedent: semper enim species generi derogat. Si in specie, aut genere utriusque sint, plerumque communicantur; id est, communes utriusque legatariorum sunt; ita, ut nemo alteri præferatur; & hoc sensu intelligendus est textus in *l. Titio textores 36. ff. de legat. 1.* nam quia ibi positum est ex eo, quod illud verbum genus contineat, neque genus generi deroget, sed solum species generi: *l. in toto 80. ff. de regul. jur. idèd communicantur legata, quia singulis legatariis insolidum om-**

nes servos testator legaverat. ut Cujac. lib. 3. 3. *quæst. Papii. in dicit. l. in toto restitutum docet.* In legato multis disjunctim relicto aliquando unus præfertur cæteris: aliquando multiplicatur legatum ita, ut singuli totum habeant; unus rem ipsam; alter æstimationem rei sed tamen ratio accidit sæpè etiam communicatur legatum, ita ut quisque eorum pro parte virili ad legatum veniat: quia videntur omnes legatarij in eadem causa esse, vel in eodem genere, vel specij in eadem causa esse, vel in eodem genere, vel specij legati Legatum verò multis legatariis conjunctim relicto, semper communicatur: *l. si pluribus 53. ff. de legat. 1.* (quo in loco nescio, quare Doctor Ahanasius Oreiza, & Olano lib. 4. *paralipom. cap. 4. num. 17. fol. 3. 8.* dicat, sicut in multis aliis legibus. & in hac lege peccasse, Iustinianum tribuendo mediæ jurisprudentiæ constitutiones novas, nihil enim in ea lege invenio, unde hoc inferri possit: nam omnia quæ ibi scribuntur, digna sunt mediæ jurisprudentiæ: & si ubi recte concordans decretum est, peccati crimen imponit Iustiniano, quis nostrum apud illam iustus esse poterit? Anton. Fabrum etiam *decad. 50. err. 3. n. 1.* de eadem re Triboniani reprehensorem audire recusamus. Ratio est, quia conjuncti omnes æquales sunt, omnes in eodem legato æquè nominati sunt. Inter disjunctos aliquis ordo scripturæ est, ut in hæredum institutionibus, & substitutionibus: *l. si quis servum 8. §. penult. hæredibus 50. ff. de legat. 1. facit l. qui solvendo 60. ff. de hæred. instit. ita ut & posteriori loco scriptus quandoque præferatur ei, qui scriptus est primo loco: l. si mihi 12. §. ultim. Di. testis de legat. 1. argum. l. sub dicitur 51. ff. de condit. & demonstrat. l. tutor 8. §. in tutoris 3. l. si hereditatem 10. §. 1. ff. de testam. tut. potest etiam in scriptura inter disjunctos ita totum legatum relinquere, ut non habenda sit ratio ordinis: nempe si ita relinquatur, ut singulis solidum dandum sit, uni res ipsa, aliis æstimatio: *l. filius familias 114. §. ult. ff. de legat. 1.* Neque ex eo magis, quia solidum ita testator legavit, juris accrescendi locus erit: neque ita legatum multiplicatum fuisse à testatore, quando singulis solidum dedit, vix unquam credendum est: nisi ipse defunctus ex ipsa scriptura manifestissimus sit, utrumque legatarium solidum accipere voluisse: quod ostendit Paulus in *dicit. l. si plures 3.* Ejusdem ordinis tamen plerumque ratio non habetur, quasi ordo scripturæ non impediat causam juris & voluntatis, ut ait Papius in *lege cum pater 77. §. filia tua 12. ff. de legat. 2. l. nec ordo 6. ff. de solut. l. quo loco 20. ff. de hæred. instit. ali- quando tamen habetur, ut in *lege item 17. §. sed si esse 3. & l. esse 77. ff. cod. tit. & tunc alter alteri præfertur.***

17 In conjunctis verò, ubi nullus ordo scripturæ attenditur, ex quo alter alteri præferri possit; *l. quidam 14. ff. de pecul. leg. ibi: Respondit in conjunctionibus ordinem nullum esse, neque quicquam interesse, utrum eorum primum, diceretur.* legatum semper communicatur, non verò multiplicatur: reddidit rationem Jurisconsultus Paulus in *l. duobus 8. §. ff. de legat. 1.* his verbis: *quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit quò etiam facit idem Paulus in l. illud 8. & Papiam in dicit. l. pupilli 96. §. pen. ff. de solut. facit etiam textus in l. cum filius 76. §. variis ff. de leg. 2.* Et ita ratio verissima, quare conjuncti dicantur unius personæ vice fungi, in *l. planè 34. ff. delegat. 1.* huc est, quia nullo ordine scripturæ dividuntur, nullo jure diversi sunt; sed æqualiter singuli ad vnum legatum, seu hereditatem vocantur: neque illa divisio interpretativa, quam per intellectum facimus, obstat potest, ut per eam impediat redditus partium ad suum totum post ceterorum sive hæredum sive legatariorum repudiationem; in quo consistere diximus jus accrescendi: nam cum

redeunt partes, non constituimus novum totum, sed pristinum restitimus: ut contingit in eo, qui destruxit navim eo animo, ut iterum eisdem tabulis illam conficeret: quæ non est nova navis, sed pristina restituta est; *l. inter si ipsa antem 81. §. sacram 5. ff. de verb. oblig. (vide, quæ dicam infra hoc cap. num. 32.)* & dum reficitur, suspensa magis est ejus navis forma quam destructa; quæ postquam reficitur, quasi jure quodam restituimini redintegratur, sicut contingit in aliis juris partibus: *l. penult. §. pater 3. l. ultim. ff. de penult. castri. (de quibus vide, quæ diximus cap. 10. num. 34 & seq. præcipue num. 41. & 42.) l. in tantum 6. ff. de divis. rer. lege ab eo 7. §. cum in suo 10. Digestis de acquir. rer. dom. l. si unus 27. §. pactus 2. vers. quod si non ut totum ff. de pact. l. f. uni 7. §. ultim. Digestis quod cujusque univers. l. proponatur 76. ff. de justic. Et si hoc in navi ubi verè partes, quæ eam constituunt, separatae sunt, observatur, quid mirum, ut in legat seu hereditatis toto, à quo partes per intellectum tantum separantur, idem observetur; ut post restitutionem partium non novum, sed vetus totum sit, & substituatur. In his, quæ extra testamentum incurruni, possunt res ex bono, & æquo interpretationem capere, ait Jurisconsultus Gaius, in *l. in his 16. ff. de cond. & demonstrat. Q.* quæ verba hunc sensum habent; ut illa possunt variari, prout æq. ius suaverit: itaque cum legata partium non ex ipso testamento oriuntur, quæ non nominatim à testatore distributæ, & assignatæ erant; sed illud, ut divisæ, & distributæ, intelligantur, extrinsecus à nostra interpretatione proveniat, suadente id æquitate illà, ut in partibus conservetur legatum, quod in toto non poterat conservari, & substituere propter regulam canoniam; inde est quòd destituta partium divisione, quæ introducta est propter necessitatem conservandi legati redeant partes ad totum illud, quod non reverà, sed perfectionem divisum erat. Et in hoc genere legati, sicut in aliis partibus juris, retrohingi debet ita ut si omnes concurrant concursu reati, à principio partes divisas fuisse credatur: si verò præter unum, vel alium ceteri cohæredes, vel colegendarij repudient; totum à scriptura conservatum semper fuisse intelligatur, & ab eo nunquam discessum fuisse: facit *l. aliam, 29. ff. de novat.**

Hæc nostra sententia manifestè etiam probatur *ex l. planè 34. §. sed si in pupillari 10. ff. de leg. 1. l. si ex pluribus 2. ff. si pars hæred. petat. lege ex parte vigesimaquinta. Digestis de solutione. lege Titio trigesimaquarta cum lege seq. Digestis ad leg. Aquil. Quibus in locis à variis Jurisconsultis unica decisio juris statuitur quod singuli legatarij, vel hæredes, inter quos potest esse jus accrescendi, à principio, id est, antequam alij, vel ceteri omnes repudient suas partes non possint majorem legati, seu hereditatis quantitatem sibi vindicare, quam habituri essent ceteris adeuntibus hereditatem, vel agnoscentibus legatum. Tum sic si partes à principio ante concursum realem factæ non essent, solidum integrum maneret, itaque qui prius vindicaret, legatum, totum posset vindicare, & necessario vindicaret: ceteri enim postea petentes ab hærede, vel legatario primo adeunte, diminuerent solidum: & si hoc contigisset, rectè dicitur jus non decrescendi quand repudiaverint, & non accrescendi: sed tamen hoc aliter statuitur supradictis juris, nempe, ut partem tantum singuli petere possint ante aliorum repudiationem: ergo statim à scriptura ipsa per interpretationem nostram separantur de toto. His autoritatibus oppressus summi ingenij vir Anton. Fab. lib. 6. *conject. cap. 1.* postquam libenter*

libenter confessas fuit cum aliis interpretibus, totum, legatum primum qui agit vindicare posse; ait in dictis locis dici interim alter non peti illius partem, qui nondum petiit, habiturum tamen legatarium, qui prior legatum vindicavit. Hæc tamen interpretatio postea ipsi Fabro displicuit *li. 1. §. conject. c. 19.* & in illis, duobus locis reprehendit Cujacium reponentem in loco dictionis partem, verbum totum. Ipse verò ait, illam vericulum, *d. l. planè 34. §. sed si in pupillari 10. ff. leg. 1. Interim igitur partem habebis is, cui in suo testamento legavit, adscribendum esse imperito alicui interpreti ex ignorantia juris potius, quam jure tale statuerit. Hanc etiam conjecturam postea ipse reprobat. *de err. pragmat. dec. 40. err. 9.* & utramque interpretationem supradictis locis ab ipso traditam, erroneam fuisse futuris; tenetque in verum priorem, qui admisit hereditatem, vel legatum, non habere nisi partem domi cæteri non repudiaverint: quod probat etiam *ex l. domino ff. de leg. 1. & ex l. quid ergo 53. §. 1. cod. tit.* itaque in sententia nobiscum convenit in ratione tan. & sententiæ diversi sumus quia nostra ratio est ut aperiè ex *d. l. l.* colligitur, legati, seu hereditatis in solidum relicti pluribus conjunctis, partes, à principio per interpretationem fieri; licet totum à scriptura datum fuerit. Ratio Ant. Fab. in *d. err. 9.* quam & sequitur in *ration. ad d. l. 2. ff. si pars hæred. petat.* sive sit vera, sive sit falsa, probat à principio separatas fuisse partes, cum separatim deferat lex *12. tabul. unicuique partem hereditatis, seu legati, vide infra hoc c. n. 40.* Ceteri interpretes diversa scribentes tam manifestè errant, ut necesse non sit eos impugnare.*

19 Argumentum argentissimum ad probandam nostram, quam subtinemus sententiã, consistit potest hoc modo: si partes ab initio factæ non sint, quare res duobus legatis conjunctim, quorum alter in rerum natura non sit tempore testamenti, vel aliter capere non potuerit; alteri, qui in rerum natura erat, non debetur solidum legati, sed pars ejus tantum: ut dixi hoc *c. n. 11. ex l. si duobus 6. l. si plane 34. §. conjunctim 9. l. hujusmodi 84. §. si Titio, & Marcio 8. ff. de leg. 1. sed est mortis 3. §. sed est conjunctim ff. de leg. præstandis? (quare verò in *l. unica §. in primo 3. c. de caduc. tollend. is, qui in rerum natura non erat tempore facit testamenti partem non faciat; scies, si legas quæ scribenda sunt infra hoc c. n. 36.)* Nam certum est, non ex ea, quod conjunctus sit ei, qui in rerum natura non est, minus in solidum alteri legatum datum fuisse: ergo sicut haberet totum legatum, si uterque legatarius in rerum natura esset; & repudiante uno, solidum alter haberet: eodem modo solidum totum deberetur existenti in rerum natura, si à principio non fierent partes secundum numerum personarum, quæ nominatæ sunt à testatore. Sed verum est, ut supradicti textus probat, etiam paritè facere eum, qui in rerum natura non est; ita, ut pars ejus nunquam alteri accrescat: ergo legati hujus in solidum unicuique legatario relicti partes, à principio. & ab ipsa conjunctione sunt: si enim solidum legatum initio valuit in singulis, quare jam necesse est, partem ei dari qui ab initio in rerum natura non fuit, neque capere potuit: eum impossibile sit, ut ille unquam venire possit ad concursum realem. Si à principio retinetur totum, quare ille, qui in rerum natura tunc fuit, & capere potuit, non retinet etiam aliam partem, quæ alioquin in hereditate remanere deberet? Car personam absentem, & incapacem quærimus, cui partem faciamus, quam capere non potest: cum in tali casu nihil decrescat ob concursum realem, qui impossibilis est in eo qui in rerum natura non est, vel capere non potest? scilicet ciebat enim alterum legatarium capacem esse solidi legati, ut totum in eo conservaretur: sed hoc non sunt Cõsulti: ergo certum est, partes à principio fieri.*

D. Hieronym. de Oroz, de Apicib. Jur. civ.

Et licet hæc sententiam amplexus fuerit in conjunctione & verbis Duarenius *lib. 1. de jure accresc. c. 2.* illam neque explicare, neque recto modo defendere scivit, nec hunc nostrum explicandi modum unquam ille cogitavit. Sententiæ contrariæ defensor extitit, & conciliator inanis legum in *l. unica C. de caduc. tollend. & l. plane 34. §. conjunctim 9. ff. de leg. 1.* Cujac. in *comment. ad d. l. unicam*; sed nihil eorum, quæ circa hanc questionem scripsit, possum probare propter rationes, & textus, quos in superioribus num. congeffi, & quas postea afferam: neque Cujacij defensorem, Alexand. Bodin. *de contro. Jacob. Cujac. sent. cap. 2. 1.* hac de re audiendum esse puto.

Duplicis tamen dubitationis adhuc ratio reddi debet. Prima dubitatio est, quare in supradictis legibus non datur jus accrescendi quando is, qui in rerum natura non est, vel incapax est legati tempore faciendi testamenti, partem facere dicamus? Secunda dubitatio est, quare isti, qui capere non possunt, partem faciant? Ad primam facilis est responsio, quia non potest pars accrescere nisi ab eo, qui eam habuit per concursum interpretativum, & habere potuit per concursum realem. is verò, qui in rerum natura non erat, vel qui acquirendi legati incapax erat, licet partem faciat; id est; pars à toto ob ejus nominationem in testamento factam dividatur; ei tamen non applicatur; ut habeat per interpretativum concursum, quod nunquam habere poterat per concursum realem: ideo non datur dictis in locis jus accrescendi, licet partem facere à principio dicatur.

Sed huic rationi graviter opponitur text. in *l. si duobus 16. §. ult. ff. de leg. 1.* ibi enim ait Pomp. quod si Titio, & posthumis legatus sit, non nato posthumo; id est, nullo unquam nato, totum legatum à Titio vindicari; sed dum nullus nascitur posthumus, nunquam fuit, qui partem legati habere potuisset; ac per consequens, qui eam de facto repudiaret: ergo non est optima ratio dicere, ideo jus accrescendi in superioribus legibus non dari, quia illud non datur ab eo, qui partem nunquam potuit habere. Ulterius, in *vers. sed est testator* repugnantissima inter se deciduntur, dum sit Consulatus, quod est Titio, & posthumis legaverit testator viriles portiones, & eas viriliter dari velle expressisset; eo non obstante, totum legatum Titio deberi, posthumo non nato. Pro absurdo enim haberetur, ut ei, cui testator alterum dedit, nos domus utrumque; ut ex Paulo in *l. debitor 59. in fine primo ff. ad S. C. Trebell. & ex Gajo in l. facta 6. §. si sub conditione 7. ff. cod. tit. rectè docet. Ant. Fab. *de err. pragmat. dec. 49. err. 4. n. 4. & in jurispr. Papii 4. prin. 3. illar. 4. DD. Melchior de Valentia cap. 5. num. 16. tit. de acquir. hæred.**

Ipse Faber ut nodum hunc dissolvere possit, *d. dec. 49. err. 5.* supponit prius, quod in principio hujus legis scriptum est, intelligi debere de verbis tantum conjunctis, in quibus sublinet non dari jus accrescendi (nes verò illum locum sumimus sive de re tantum cor jactis, sive de re, & verbis, & explicavimus in 20 quare ibi non datur jus accrescendi) & postea ipse ait, hoc unum dici posse circa interpretationem *dicit. l. 6. §. ult. ff. de legat. 1.* nempe specialem esse casum illum, quem Pomponius tractat, *si Titio, & posthumis legatum sit*, & ita non debere facile protrahi ad alios casus. rationem specialitatis hanc reddidit, quod is qui legat Titio, & posthumis, licet viriles partes expresserit, ea tamen voluntas esse videtur; uti non aliter velit facere partem posthumis, quam si nascantur: quia quidquid relinquatur posthumo eam habet tacitam conditionem, *si posthumus nascatur* non solum ex eo: quod antequam nascatur, non videatur esse homo: *in falcidia 9. §. 1. ff. ad leg. falcid.* & is, qui nunquam natus est, nalcique amplius non potest

potest, nunquam fuisse in utero credatur: *l. is cui 18. ff. quando dies legat cedat*, sed etiam ex eo, quod incertum est, quænam possit esse portio posthumi, antequam, sit natus; propterea quod plures nasci possunt: *l. sed etsi 25. §. ultim. de iudic. lege antiqui. 3. ff. si pars hered. petat. & hanc rationem specialitatis à Cajo etiam approbari ait in l. iurum 7. ff. de reb. dub.* Hæc tamen Antonij Fabri ratio impugnat evidenter duplici ratione. Prima est, quod partes illas viriles non reliquit testator faciendas secundum numerum nasciturorum, sed duas partes viriles fecit, quorum una Titio daretur, & altera posthumis universis; in qua nihil interest, ut possint plurimi nasci; cum citi unus, vel plures nascantur, eadem pars debeatur uni, quam multis; quia non fuit relicta ut singulis, sed ut universis; ut de legato civibus relicto dicitur, in *l. civibus 2. ff. de reb. dub.* sicut de eo, quod sic relinquatur, *cognatis meis, collegiis meis, posthumis meis, vel etiam posthumo meo* (cui tunc plures nascantur, ut Cujac. lib. 16. *quest. Papin. l. ventre 84. ff. de acquir. hered.* docet, ubi etiam tradit multa de mulieribus. quæ uno partu plures filios genuerunt) statutum est, in *lege si cognatis 19. lege seq. eodem titulo de reb. dub. dict. lege si duobus 16. §. ultim. l. cum pater 77. §. volo 13. & §. rogo 25. ff. de legat. 1. vel fratribus meis, ut in §. dulcissimis 20. ejusdem leg.* Cum enim colectivo nomine comprehensio pluribus relinquatur, non respicit eos ut singulos testator, sed eo modo, quo universitatem faciunt: *lege si municipales. l. ficit 7. §. 1. ff. quod cuiusque universitas, lege inter publica 17. ff. de verb. sign. l. 1. §. servum 7. ff. de quest.* Ita nomine *Collegiarum, libertorum, cognatorum posthumorum civium*, testator legat certo collegio, certæ civitati, certæ familiæ, cogitationi, posteritati; non verò certis, & determinatis hominibus; nisi in quantum interpretatur quod *familia, collegij civitatis, cogitationis, & posteritatis* nomen orationis compendio complectatur singulos collegas, singulos libertos, singulos cognatos, singulos cives, & singulos posthumos, ut eleganter tradit Jurisconsultus Papinianus, in *l. Marcus 66. §. non idem 3. ff. de legat. 1. l. si chorus 39. ff. de legat. 3. l. si cognatis 19. §. ff. de reb. dub.*

23 Sed tunc speciales illos homines cogitationis, posteritatis, collegij &c. non complectitur illum nomen collectivum ut legatarios conjunctos, neque ut legatarios, per se, sed interpretationem nostram, qua facimus; ut in illa universitate singuli hominis complectantur: quia hæc interpretatio extra testamentum occurrir: ideoque variari, aliter ac scripserat testator, potest; secundum varietatem casuum, ut docuimus ex *lege in his 16. ff. de condit. & demonstrat.* ut potest quæ interpretatio illa sumpta sit ex voluntate testatoris quæ scripturæ inest tantum tacite, non verò per se inest, & exprèsse: *lege qui siliabus 17. ff. de legat. 1. l. peto 69. §. fratre 3. dict. lege cum pater 77. §. libertis 27. ff. de legat. 2.* Itaque in his speciebus jus accrescendi non est, quia incertus partem facere non potuit, usque dum esset: ideoque qui solus remanet, vel natus est, totum legatum capit; non (ut dixi) jure accrescendi, quod non datur nisi inter eas personas, quæ partes à principio possunt facere interpretativas & postea si velint reales habere; sed quia totius universitatis jus in eum recidit, ut in *dict. l. 7. §. ult. ff. quod cuiusque univ. dict. l. iurum 7. dict. l. cognatis 19. ff. de reb. dub. lege qui quartaria 15. §. ult. de legat. 1.* Ex quibus manifestè constat, nihil interesse, an plures posthumi nascantur; an unus solus; in *dict. l. 16. ad hoc, ut possit esse virilis pars certa, quæ illi universitati data est respectu Titij, cui altera pars virilis per testatorem data fuit. Et dubitationes Antonij Fabri solùm versantur circa partes faciendas de illa*

parte virili, quæ universis posthumis data est, quod sciri non potest, quousque nascantur; circa partem verò Titio relictam, nulla dubitatio potest esse. Notandum tamen est, quod si nomen hoc, quod continet universitatem, sit talis qualitatis, ut bona publica, & communia habere possit, *princ. institution. & §. universitatis 6. de rer. divis. & unum opus facere possit, ut est collegium, civitas, & quæ coire, & unum corpus facere possit, ei universitati potest legari, ut cuilibet personæ particulari: lege mortuo 22. ff. de dejus Ulpian. in fragm. tit. 24. §. civitatibus 28. & ita conjungi, ut, & universitas illa cæteris legatariis partem faciat. Si verò universitas illa talis sit, ut ei non sit permittum unum corpus facere, neque bona communia habere, neque in unum conveniri, ut est universitas cognatorum: posthumorum, posteritatis &c. tunc legatum, quod illi universitati datum est, singulis eorum datum esse interpretatur *dict. lege si cognatis 19. §. 1. ff. de reb. dub. & rectè, ne aliterposito jure legatum hoc datum ei, quod corpus illud universitatis facere non potest, nullius momenti sit, cum nulla in eo concipi possit universitas; licet enim sint universi, non tamen talem faciunt universitatem, cui & bona communia, & corpus fictitium commune applicari possit: & ideo hæc universitas partem facere non potest, quousque aliquis nascatur.**

Altera etiam ratio, quæ Antonij Fabri interpretatio impugnat; est, quod (ut ipse faceret) iste posthumus, postquam certum est eum non posse nasci, creditur neque in utero fuisse, & neque nunc, & neque unquam fuisse in rerum natura: sed legando ei, qui in rerum natura non est, ita in eo sumimus datum legatum; ut si conjunctus sit, alteri legatario partem faciant, *dict. lege hujusmodi 84. §. si Titio 8. dict. lege si duobus 16. in princip. ff. eodem tit. ergo etiam in dict. §. ultim. ejusdem leg.* posthumi isti partem facere debebant: ista ut postquam verificaretur, nullum posthumum nasci posse, neque unquam in utero fuisse, pars illa in hereditate remaneret sicut remanet pars ejus, cui legatum relinquatur conjunctim cum aliis in rerum natura non existentibus. Itaque ex dictis constat, Antonij Fabri interpretationem ad *dict. l. 16. §. ult.* non posse subsistere quam etiam reperit in *jurisp. Papin. dict. l. 4. princ. 3. illat. 4. DD. Melchior de Valentia apicium juris felix scrutator laudans Antonij Fabri interpretationem tit. de acquir. her. c. 5. n. 19.* sic eam explicat dicendo, quod in *dict. §. ult.* partes viriles non dedit testator assignando Titio, unam, & posthumis universis nascituris alteram, quia eos cum Titio re & verbis conjunxit; sed viriles portiones assignaverit, ut cognoscere, quæ partes per concursum faciendæ erant; id est, inter Titium, & posthumos nascituros, æquales: *l. interdum 13. in princ. ff. de hered. instit. l. quidam 5. §. ult. cum duab. ff. de reb. dub. Quæ interpretatio optima esset, si ea dissolveret secundam impugnationem, quam attulimus in *princ. hui. num.* sed quia illam non diluit per se; adjuvanda a nobis est, ut omnem scrupulum difficultatis, aliis explanationibus sociata, tollat.*

Itaque affirmamus cum ipso Ant. Fab. & Valentia dictis in locis, Titium & posthumos conjunctos fuisse re, & verbis: & addamus etiam, singulis posthumis totum legatum datum fuisse, sicut totum legatum datum fuit Titio: quod quidem totum etiam nomine partis virilis comprehenditur: *l. virilis 14. §. ff. de V. S. §. postea 2. instit. de success. libert. l. verbis 8. ff. de leg. præd. quod & docent Ant. Fab. & Valent., & omnium meliùs Ægyd. Hortens. in dict. §. postea.* Tamen, quia legatum posthumis universis datum, interpretatur singulis

singulis datum esse ne pereat, ut diximus hoc *cap. n. 22. vers. notandum*; isti tamen posthumi partem non faciunt, quia nullus eorum adhuc est, neque unquam fuit: in quo distinguitur ab eo legatario, qui in rerum natura non est, qui tamen aliquando fuit, & cui testator legavit credens adhuc eum in rerum natura esse; qui ea de causa partem facit, *dict. l. hujusmodi 84. §. si Titio dict. l. si duobus 16. in princ. ff. de legat. 1.* Itaque si nullus posthumus nascatur, Titius totum legatum vindicabit, non jure accrescendi (illud enim non datur nisi inter eos, qui partes à principio faciunt interpretativas; & per realem concursum eas, si velint, habere possunt: x postfacto) sed quasi posthumus nunquam partem interpretativam fecerit, quæ de solido divideretur: *l. utrum 7. ff. de reb. dub. & ubi hæc divisio non est, integrum permanet legatum apud eum, qui illud accepit: & sic interpretandum est text. in dict. l. si duobus 16. §. ult. ff. de legat. 1.* in quo non agitur de jure accrescendi. Cum enim posthumi isti non veniant ad legatum nisi per universitatem, & nostram interpretationem quæ credimus, quod unum versis posthumis datum sit, singulis eorum datum esse: certum est totum legatum solj Titio nominatim; & specialiter datum esse; posthumis verò per universitatem tantum, seu nostram interpretationem; quæ cessare potest, & debet, postquam nullus posthumus natus est, neque nasci posse speratur. E contra, quid dicendum erit, si posthumus natus fuerit, & postea decesserit Titius, antequam legati dies cesserit; vel nullus legatum repudiaverit: poterit ne hoc casu ad posthumum, qui natus fuit, totum legatum jure accrescendi pertinere, quasi nominatim, & isti totum legatum sit? nequaquam, quia non datur divisio illa interpretativa solidi legati secundum numerum legatatorum, nisi inter eos solos, qui nominati sunt specialiter à testatore, ut *infra num. seq.* docuimus: & ubi non datur illa partium applicatio per interpretationem facta, non datur jus accrescendi. Neque eodem jure, quod Titio pertinet totum, si posthumus non nascatur; & in hoc casu potest pertinere posthumo, si Titius decesserit, vel repudiaverit: nam Titio ex eo pertinet, quod posthumus, qui natus non est, nunquam partem fecit: ergo quia Titius partem fecit, posthumo, cui per jus accrescendi illa pars venire non potest, nullo alio jure pertinebit: & ideo illa pars, quam Titius repudiaverit, videtur manere debere in hereditate. Quod tamen Lectori, qui feliciter hanc rem expedire potest, cogitandum relinquo.

25 Hæc interpretatio concordans fuit Jurisconsulti in *dict. l. utrum 7. ff. de reb. dub. & dict. l. si duobus 16. §. ult. ff. de legat. 1.* quibus negatur partem à principio fieri, cum illis prudentibus, qui in *dict. l. plane 34. dict. l. si duobus 16. in princ. l. hujusmodi 84. §. si Titio 8. ff. de legat. 1. quibus affirmant, partes à principio fieri.* Unde colligitur, non esse audiendum Donellum lib. 8. *comment. jur. civil.* in his legibus dissentientem inter Consultos agnoscentem; neque Osvaldum *ibid. lit. F. & l. variorum Doctorum.* interpretationes afferentem, & suam mentem declarantem in sine; neque Cujacium, qui *dict. lib. 16. quest. Papin. in l. ventre 84. ff. de acquir. hered. licet dissentionem non agnoscat, verum mentem prudentium non caluerit; neque Ant. Fab. qui *dict. dec. 49. err. 5. num. 4.* vestigia Cujacij sequitur, ait in *dict. l. 16. §. ult. de legat. 1.* totum accrescisse Titio jure accrescendi; neque iterum ipsum Fab. qui *dict. l. plane, & alias* sumit de legatariis verbis tantum conjunctis; neque DD. Melchior de Valentia; qui *dict. cap. 5. numer. 19. tit. de acquirend. heredit.* affirmavit, totum jure accrescendi Titio evenire,*

D. Hieronym. de Oroz, de Apicib. Iur. civ.

Hoc tamen admonere volo, in *dict. l. utrum 7. ff. de reb. dub.* Jurisconsultum loqui de posthumo suo, non de alieno: posthumo enim inutiliter autem legabitur, ait Justin. in *§. posthumo 26. instit. de legat. princ. instit. vers. nam si de honor. possess. l. Titius 29. §. 1. ff. de libertat. & posthum.* Itaque quod in *dict. vers. nam si dicitur, scilicet non fuisse jure civili incognitos posthumos alienos*, intelligi debet quoad successionem intestatam, quia legitimos hæredes esse poterunt, licet & id non sine controversia admittitur est *lege à fratris 128. ff. de legat. 1.* non verò quoad successionem testamentariam, quia non poterunt hæredes institui, *l. posthumus 6. vers. hoc plane ff. de inoffic. testam.* Neque obstat dicere quod his olim legari potuissent, cum quibus testamenti factio erat *§. legari 24. instit. de legat.* sed posthumum alienum hæredem olim institui potuisse ait Justinianus *§. posthumus 28. eod. tit. l.* Nam respondetur, illa Imperatoris verba ita explicanda esse, ut eadem æquitate, qua ex nova constitutione Justiniani hodie institui posthumus potest; etiam olim potuissent, non jure civili *dict. vers. nam si instit. de honor. possess.* sed prætorio, à quo institutio posthumi adjuvabatur, & ad effectum bonorum possessionis perducebatur: *dict. lege posthumus 6. de inoffic. testam. l. verum est 3. ff. de bonorum possess. secundum tabul. lege 1. §. si filius 7. ff. de vent. in possess. mit. Accuri. in dict. §. posthumus. Anton. Fab. lib. 9. *conjectur. cap. 2.* Schiffordeger lib. 3. *tract. 16. quest. 8. Donel. lib. 6. comment. cap. 11.* & cum aliis DD. Melchior de Valentia *illust. jur. lib. 3. tract. 1. ad tit. de liber. & posthum. cap. 2. num. 18.* qui sensus optimus est licet eum impugnet Alciat. *l. 9. parerg. c. 1.* & contrarium ei scribat Marc. Lyclama *l. 7. membr. ecloga 8. Vigl. Suichemus in §. servus etiam inst. de hered. instit. Jo. Robert. receprar. lect. 3. Cujac. in nois ad tit. instit. de legat. idem Lyclama *dic. lib. ecloga 19. §. 1.* & sic explicandus est textus in *l. filiusfamilias 16. in princ. ff. qui testam. facere poss. text. in §. extraneis 4. vers. testamenti instit. de hered. querit. & diff. & text. in l. heredis 7. §. sed etsi 2. ff. quando dies leg. cedat*, quia institutus adjuvabatur à prætoribus, bonorum possessione secundum tabulas ei oblata: *l. ult. dict. tit. de vent. in possess. mit. l. 1. §. pen. ff. de leg. 3. 27.***

Cæterum nusquam scriptum reperitur per prætorem lobventi posthumo alieno legatario, sicut posthumo alieno hærede instituto: cuius rei ratio elegans ex eo provenit, quod legatum minus favorabile sit, quam hereditas, seu heredis institutio: *l. 1. §. & hereditatis 4. de his, qui in testam. delent. l. si ita scriptum 13. §. ff. de liber. & posthum. l. 2. C. de necessar. serv. hered. instit. de qua lege vide quæ dixi supra cap. 9. numero 4.* Hujus differentie exemplum sumi potest à jure illo, quod dedit hæredi potestatem deducendi quartam ex legatis, & fideicommissis; quæ potestas non fuit data, neque legatario, neque fideicommissario: Quia non tanti momenti fuit, legatum, seu fideicommissum admitti, vel repudiari; dum per ea neque fideicommissarius, neque legatarius representat defunctum; quàm hereditatem adire, per quam representetur viva adhuc persona ejus, qui verè decessit: *l. si quis omnia 17. ff. si quis omnia. caus. testam. l. si patroni 55. §. qui fideicommissum 2. ff. ad S. C. Trebell. l. 1. §. denique 18. & seq. eod. tit. l. lex Falcidia 47. §. ultim. ff. ad leg. Falcid. l. coheredi 41. §. quod si heredem 3. Digestis de vulgar. & pupillar. substituit. l. mulier. 22. §. ultim. ff. ad S. C. Trebellian. Cujac. lib. 9. *quest. Papin. in l. cum filiusfamilias 11. ff. de legat. 1. & lib. 10. quest. Papin. in dict. l. si patroni §. qui fideicommissum ff. eodem tit. ad S. C. Trebellian.* Denique non obstat ei, quod diximus, nempe posthumo*

ultimo alieno olim legari non potuisse, text. in l. qui- dam §. in fin. & lege 6. ff. de reb. dub. nam in dict. l. §. licet loquatur de posthumo alieno, tamen loquitur in fideicommissaria tantum hereditate, quæ per- mittitur, ut ei restitatur; lex verò 6. loquitur abso- lutè de posthumo, quod non debet accipi nisi de pro- prio: neque continuatio hujus legis cum superiori quidquam contra facere potest: nam ibi non fuit in- tentio compositorum, ut quæstio, quæ concepta fuit de posthumo alieno in dict. l. §. in fin. prosequeret- ur in duabus leg. seq. sed ut conciperetur, quata pars hereditatis, sive legati, sive fideicommissi facere cæteris locis posthumus deberet interim dum in utero esset.

28 Altera ratio dubitationis, quam attulimus supra num. 20. scilicet, quare isti, qui capere non possunt, partem faciant? hæc est, quod vel à toto nunquam discedamus, & sic totum legatum inutile facimus per Regulam Catonianam; vel si discedamus ad partes, quæ in singulis legatariis consistere possunt, nullos eorum omitamus, & omnes æquè partem facere dicitur, & si partem capere non possint; ratione illa, ne quidquam pereat ex voluntate expressa testatoris, quæ æquè omnes enumeravit, nominavit, & conjunxit; ita ut neque alterum altero potius esse voluerit text. in l. cui fundus §. 6. l. tales 1. 2. ff. de cond. & demonstrat. l. hoc articulo 29. ff. de hered. instit. si ita fuerit 13. ff. de manum testam. l. si heredi. §. de condit. instit. l. pen. C. de condit. incert. l. item 17. §. item 2. l. qua- lem 19. §. 1. ff. de recept. qui a vit. l. si quis ita 13. §. 2. ff. de stat. liber. l. si quis 129. ff. de V. O. l. qui duobus 23. ff. de condit. & demonstrat.

29 Superiores leges, quibus passim probavimus, con- junctos statim à scriptura testamenti partes facerè; alij interpretes referunt ad legatum damnationis, alij ad legatarios verbis tantum conjunctos; de legato dam- nationis accipiunt Cujac. in l. unica §. ubi autem 11. C. de caduc. tollend. & in l. si post mortem 10. ff. de honor. possess. contra tabul. Hotoman. in epitom. ad tit. de usu- fruct. accrescend. Alexander Scotus de controvers. cap. 21. Bellou. de jur. accrescend. cap. 7. quest. 24. ex num. 6. & quest. 25. ex num. 7. & quest. 28. n. 8. & seq. & alij plurimi antiquorum, & recentiorum: de verbis tantum conjunctis. Anton. Fab. lib. 6. quest. cap. 1. & in rational. ad tex. in l. 1. §. 2. ff. de usufruct. accres- cend. & de error. prag. deo. 49. error. 4. num. 2. idem Bellou. dict. loc. cap. 5. quest. 31. num. 4. Fachin. lib. 4. controvers. cap. 49. Goveau. de jur. accrescend. num. 6. Manchaca de success. progress. §. 21. num. 3. Bartol. in dict. l. plane 34 §. conjunctim & alij plures. His, qui illas leges accipiunt de legato damnationis, oppono Pom- ponium in dict. l. si duobus 16 ff. de legat. 1. ubi dum docet ex legato conjunctis relicto; Titio, verbi gra- tia, & ei qui in rerum natura non est, solam partem deberi Titio, ait in se putare verum esse: quo cogno- scitur de re, quæ apud alios dubia erat, suam senten- tiam expressisse, sicut fecit Ulpian. in l. quid tamen 10. §. si massa 5. ff. quib. mod. usufruct. amittat. alioquin non diceret verum puto; sed potius diceret, verum est, ut Paulus dicit in l. quo loco 20. §. 1. de heredib. instit. Vlp. in l. utrum §. ff. de assign. lib. quod indignum esset Pomponio, si dixisset de legato damnationis id aliquan- do in dubio esse potuisse neque apud se neque apud aliam Iuris consultum. maxime cum Ulpianus inter regulas juris antiqui ponat, Si per damnationem eadem res duobus legata sit, siquidem conjunctim singulis par- tes deberi, & non capientis partem in hereditate reman- nere, in fragment. titulo 24. §. si per damnationem 13. DD. Martin. de Larreatgoui lib. 8. selectar. jur. dis- putation. cap. 4. num. 4. Iaque de re apud omnes tam manifesta non debebat Consultus tam dubitanter

loqui, ut ipse solus putaret veram esse illam senten- tiam; & ideo de legato vindicationis textus illi de- bent intelligi. In legato enim damnationis nullus ex multis legatariis, cuius capax sit percipiendi illus le- gati, unquam partem fecit aliis, nisi partem realem accepit: quam si non accipiat, potius pro non scri- pta habetur, ut inferius docebitur: sic in dict. l. quo loco 20. §. ult. ff. de hered. instit. ideo non accrescit ter- tio illa pars, quæ mortuo data fuit, quia in illa dimidia parte hereditatis solum fuerunt conjuncti vivos, & mortuus; & ab eo disjunctus fuit alter, qui in alia dimidia parte hereditatis scriptus fuit separatim l. tripliei 42. ff. de V. O. S. itaque mortui pars remanet in illa dimidia parte hereditatis, à qua separanda erat etiam ante concursum realem, si vino & capaci data fuisset: quia ut Ulpianus ait, mortui pars pro non scripta habetur. Ratio verò, quare in legato dam- nationis, qui in rerum natura non est, partem non faci- mus dicemus infra hoc cap. num. 32.

His etiam, qui supradictas leges intelligunt de con- junctione verborum tantum, resistit Ulpianus in dict. lege hujusmodi 84. §. si Titio, & Mævio 8. ff. de le- gat. 1. 101: si Titio & Mævio legatus fuerat Sibicus, qui Titij erat; debetur pars Sibici Mævio; nam Ti- tius, quamvis ad legatum non admittatur, partem facit nonne expressè ostenditur in ea specie Titium, & Mævium re & verbis esse conjunctos, qui verbis tan- tum conjuncti sunt, à scriptura testamenti habent partes per testatorem designatas: lege re conjunct. 89. ff. de legat. 3. Ant. Fab. in supradict. loc. & in ratio- nal. ad dict. leg. 1. §. 1. ff. de usufruct. accrescend. DD. Melchior de Valencia de acquir. hered. cap. 5. num. 16. & sequens Joan. Daut. de testament. numer. 199. Olwald. lib. 7. comment. Donel. capite decimo- tertio liter. C. Cujac. lib. 17. quest. Papinian. in lege si duobus in princip. & §. seqq. ff. quib. mod. usufruct. amittat. inter quos jus accrescendi non datur: lege penultim. ff. de usufruct. accrescend. le- ge si ita 66. ff. de hered. instit. lege & Proculo 20. ff. de legat. 2. idem Cujac. dict. libro decimo sep- timo in lege sicut in annos 3. §. 1. ff. eod. tit. quib. mod. usufruct. amittat. ubi est textus comprobans hanc sententiam §. si eadem res 8. instit. de legat. An- ton. Fab. & Valencia dict. in loc. de qua opinione consule doctissimum virum DD. Franciscum Ramos del Mançano (si adeo felix fueris, ut præ mani- bus habeas peritissimum illum tractatum de jur. ac- crescend. quem publicè in Salmanticensi Academia didicit, dum præceptor cathedræ primariæ legum meritissimus & apud omnes laudatissimus esset) cap. 3. num. 6. Ex quo §. si Titio, & dict. l. si duobus 16. de legat. 1. aperte constat, neque eum, qui in rerum na- tura non erat; neque Dicitum, etsi Sibicus ejus non fuisset, partem facere non potuisse, si partes jam ab initio factæ non fuissent: testatorem enim certum est, nullas partes assignasse, sed eis conjunctim totum reliquisse: ergo ut possint partes facere aliunde ha- bent; hoc non potest esse nisi ab interpretatione nostra, qua statim è scriptura testamenti, in quo so- lidum singulis datum erat, recedimus, & partes faci- mus; ut legatum totius, quod in singulis legatariis non potest subsistere, per illam interpretativam par- tium divisionem sublineamus,

D. nell. lib. 8. com. jur. civ. c. 20. absolute docuit, su- periorum legum varietatem dirimi non posse ex dif- ferentia legati vindicationis, & damnationis; quasi in illo non haat partes à principio; in posteriori verò fiat: & ideo alia ipse solutio est asserta apud O. v. d. in his verbis: dicemus igitur, solidum ab initio deberi, si non con- currant partes, verò ab initio non conditione, si concurrant, neque

neque insolens est, quædam ex eventu certa fieri. Eodem do etiam alij distinguunt, & sic faciunt legatum totius purum in singulis legatariis; legatum verò par- tium conditionale ex eventu concursus, per quem par- tes fiant simul, & à toto auferantur. Illos, qui putant bene sic consiliiari supradictos textus, interrogare vo- loremovebimus nè Regulam Catonianam à corpore juris interim, dum concurrant legatarij omnes, vel repudiet cæteri, præter eos qui legatum ex sua par- te agnoverunt? Nam si illa regula adest, legatum totius, quod purum est, & ex eo impossibile, ut insolidum singulis detur, à principio reprobabit: ad quid ergo boni erit facere partes conditionales, si prius totum illud, à quo partes deduci debent, per Regulam Catonianam irritetur? unde deducantur partes, si totum nullum jam est, unde deduci possint? Itaque non contrarium docemus, scilicet le- gatum partium esse pura, quasi ex concursu præsentis interpretativo; legatum verò totius in uno, vel aliis, qui suas partes agnoverunt: conditionale faci- mus ex repudiatione cæterorum, facti text. in l. li- ber homo 59. §. Titius 5. ff. de hered. instit. & sic jus accrescendi illæsum conservatur, l. 1. §. si quis ex nepo- tibus 12. ff. de conjungend. cum emancipat. liber. ejus. l. si duobus 12. ff. de honor. possession. contra tabul. l. Sempronius 26. §. ultim. ff. de usufruct. legat. dict. l. liber homo §. Titius l. herede 63. ff. de hered. instit. l. si quis Atio 71. l. si proprietat. 9. ff. de usufruct. accres.

32 Hæc, quæ hoc usque circa jus accrescendi in lega- tis scriptimus, de legato vindicationis intelli- gi debent: nam in legato damnationis non datur jus accres- cendi; in eo enim sive pluribus conjunctim legatum sit, unicuique eorum partes à principio debentur; & pars non capientis in hereditate remanet; sive multis separatim legatum sit, singulis insolidum debetur; & uni rem, cæteris ælimationem in pretio hæres dare tenetur Cujas. lib. 2. instit. tit. 5. §. inter legatum 6. Ulpian. in fragm. tit. 24. §. si per damnationem 13. Paul. lib. 3. sent. tit. 6. §. 3. in fin. l. si quis 79. l. non quocumque §. qui Gajum penultim. ff. de legat. 1. l. qui duos 23 §. 1. l. ultim. §. Sejo 2. ff. de legat. 2. l. duos 14. ff. de usufruct. legat. §. si duobus 12. instit. de legat. & eam doctrinam videtur indicare Justinianus, in l. unica §. ubi an- tem 11. vers. sin autem disjunctim C. de caduc. tollend. Duaren. de jur. accres. num. 31. Hotoman. in epitom. ad tit. de usufruct. accres. num. 12. & illustr. quest. 44. & lib. 6. observat. cap. 12. Donel. in l. quædam 15. ff. de reb. dub. Ant. Fab. dict. lib. 6. quest. c. 1. & de error. prag. dec. 50. error. 2. Cujac. lib. 26. observat. cap. 29. & in l. unica §. his ita definitis 10. Codic. de caduc. tol- lend. Eguinar. Varo in dict. §. si eadem res instit. de le- gat. Bellou. de jur. accres. cap. 5. quest. 12. num. 37. Ratio verò quare in legato damnationis non datur jus ac- crescendi, in obscuro est; illam tamen puto deducen- dam esse ex eo, quod jus accrescendi datur tunc so- lum, quando singulas partes, quæ per repudiationem, vel alio modo, manente scilicet ante cessionem dei legatario deficiant, ad totum redeunt; unde deductæ erant per nostram interpretationem; ut eodem modo quo deductæ erant, & solum totum, in contrarium actu partes restituantur, & totum rediret ut de navi diximus supra hoc cap. num. 17. l. ferè 153. ff. de regul. jur. l. prout 80. ff. de solut. itaque in quocum- que legato, ubi datur jus accrescendi, duo contingunt: primum, ut legatum illud statim à morte testatoris deducatur ab hereditate, & transferatur ad legatarios ipso jure statim, atque adita fuerit hereditas: adè, ut res legatæ nunquam videatur facta hæredis Paul. lib. 3. sent. tit. 6. §. usufructus unigeniti que rei,

Ulpian. in fragm. tit. 19. §. legem 17. Gajus lib. 2. instit. tit. 5. §. 2. ibi: Non expectato hæred. legatum 80. ff. de legat. 2. l. libero 26. ff. de bon. liber. l. à Titio 64. ff. de furt. text. elegans in Gajus 20. vers. idem dicendum est ff. de servit. urbanor. prædior. secundum Antonij Fa- bri interpretationem in rational. ad l. Titius 30. ff. de usufruct. Secundo, ut statim, quo dividatur ab hæ- reditate, fiant partes; & transferatur ad unumquem- que legatarium sua, ita, ut secundo loco partes à toto illo, prius ab hereditate separato, dividantur: eodem modo postea repudiantibus aliquibus, eorum partes redeunt primo ad totum, unde separate erant: etsi omnes expudaverint, composito prius in universum toto, illud postea redeat ad heredi- tatem, unde profectum erat: quæ omnia non possunt esse, neque inventi nisi in legato vindica- tionis.

33 Nam in legato damnationis diversa sunt: illud enim non transfertur ipso jure ad legatarium, sed de eo tantum actio personalis ipso jure competit, vide supra cap. 2. numer. 17. & seq. Olwald. lib. 8. com- ment. Donel. cap. ultim. liter. D. Itaque cum res ipsa legata non prius ab hereditate discedat, quam ab hæredè data, & tradita fuerit legatario; neque simul totum, & semel ab ea separatur unquam, sed pro par- te secundum numerum legatariorum, personali actio- ne convenienti hæredum: non simul & semel resti- tuuntur ad hereditatem quia nullum aliud totum ha- buerunt ab ipsa hereditate distinctum, cui prius res- tituerentur partes, & postea hereditati; illud enim so- lum legatavindicationis est, ut num. super. tradidi. Ita in hoc legato damnationis, quemadmodum prout quis- que legatariorum vult agere actione personali, contra hæredem, recipit partem separando illam ab hereditate; sic is, qui partem suam omittit, eam relinquit apud hæredem, à quo accepturus erat, si admisset; unde dum non admiserit, non potest considerari pars neque ullo instanti separata ab hereditate, cui iterum rever- ti possit. Eadem ratione, & causa in stipulationibus non datur, neque potest dari jus accrescendi. Quia id, quod in stipulationem deductum est, non acquiritur ipso jure stipulatori, sed per promissorem præstatur l. obligationum 3. ff. de obligat. & act. quod probatur expressè ex l. si mihi, & Titio 110. ff. de O. cujus hæc sunt verba: Si mihi, & Titio, in cuius potestate non sim, stipuler decem: non tota decem, sed sola quinque mihi debentur: Pars enim aliena deducitur, ut quod extra- neo inultu stipulatus sum, non auget meam partem. Hæc ita Pomponius, quibus etiam convenit Justini- an. in §. si quis 4. vers. quod si quis sibi instit. de inutili. stipulat. ibi: Quod si quis sibi, & alij, cuius juri subiectus non sit, dare decem aureos stipulatus est; valet quidem stipulatio: Sed utrum totum debeatur stipulatori, quo in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia, ambiguntur est; Sed placuit, non plus quam dimidiam partem ei acquiri l. eum qui ff. de V. O. l. cui fundus 56. ff. de condit. & demonstrat. & quæ scripsimus supra hoc cap. nu- mer. 16.

34 In legato verò vindicationis, ubi (ut docuimus) rectè viâ dominium rei legatæ ipso jure transfertur ad legatarium, nunquam factum hæredis; rectè di- citur dari jus accrescendi ex eo, quod singulis to- tum datum est, & partes ante concursum realem le- gatarij habuerunt separate à toto per nostram in- terpretationem intellectualem. Cæterum illud pro- prium legati damnationis est, quod nunquam inter legatarios fiant partes ex concursu, sed ipso jure tan- quam in actionibus hereditariis: l. hereditariorum 40. ff. de obligat. & act. Gajus dict. 2. instit. tit. 5.

§. inter legatum 6. Vlpian. *dist. iii. 24. §. si per damnationem l. idem Neratius 3 ff. de usufruct. accrescend. l. ntrum 5. ff. de assign. libert.* Itaque si quis aulus fuerit dicere, nullam in rem actionem hereditariam esse, neque iure hereditario competere, cum illa detur ex presenti possessione, & actori adversarium faciat aliena demoni possessio: *l. unica C. de alienat. judic. mut. cau. facta l. non aliis 24. §. sed si 2. ff. de judic. l. 1. §. si impubere 21. ff. de collat. bonor. l. actionum 25. de obligat. & act. l. 1. Cod. ubi in rem actio, ei nequaquam repugnabo.* Et hac de causa jus accrescendi in legato damnationis esse non potest. Sed queri oportet, sit testator in hoc legati genere de jure accrescendi specialiter caverit: Ita, ut divisim partibus, vel et aliorum partes uni applicare, si ceteri suas omiserint, ut contingit in *l. Linius Titius 88. §. Linius Titius 6. Digestis de legat. 2. l. codicillis 34. Digestis de usufruct. legat. facit l. pater 38. §. filiam 2. ff. de legat. 3.* an detur jus accrescendi: Et certum est neque tunc illud dari: Et licet omnes partes ex voluntate testatoris, in unum legatarium pervenerint, id jure substitutionis, aut fideicommissi potius quam jure accrescendi contingit: Quae inter se neutiquam debent confundi.

35 Uterius notandum est, in legato usus juris accrescendi locum non esse: Ratio est, cum enim jus accrescendi sit restitutio partium ad totum illud, à quo divisae, & separatae erant id non potest fieri nisi in rebus, quae dividi possunt: Pars enim, quae realiter separari non potest à toto, neque per interpretationem nostram separanda est: Usus vero nullam recipit separationem, neque divisionem ullam: *l. usus pars 19. ff. de usu & habitat. l. item quamvis 10. §. 1. ff. de comm. divid. quia usus in modo facto consistit, & facta hujusmodi sunt indivisa.* Donel. *lib. 10. comment. jur. civil. Osuvald. ibi liter. A. Govean. in l. 1. §. si usufructus 9. ad leg. Falcid.* idèdque in eo legato non potest esse jus accrescendi. Idem & in ceteris servitutibus realibus observandum est, quia eodem modo indivisae sunt: *l. via 17. ff. de servit. l. cum à pluribus ultim. ff. de servit. l. stipulationem 72. l. stipulationem 2. §. 1. ff. de verb. obligat.* Petrus Gregor. *paradox. cap. 7. D. D. Joan. de Castillo de usufruct. cap. 3. 1. num. 18. & seq. Ultejus princ. instit. de usufruct.* Joan. Borcholt. *de verb. obligat. cap. 2. num. 30.* Donel. *in dist. l. stipulationes 72.* In usufructu vero legato, qui servitus personalis est; *l. siem 3 §. nltim. ff. quib. mod. usufruct. amittat. l. vel si 15. ff. famil. ercisc.* contraria ratione datur jus accrescendi, quia usufructus perinde, ac res ipsa dividi potest, ex eo quod totum rei emolumentum continet: Et ea de causa dicitur usufructus in multis casibus pars dominij esse: *dist. l. 1. §. si usufructus 9. ff. ad leg. Falcid. l. Maevius 66. §. fundo 6. ff. de legat. 2. l. per jurjurandum 13. ff. de acceptilat. l. usufructus 4. & l. seq. ff. de usufruct. l. si unus 27. §. item si 8. ff. de pact. l. arboribus 12. §. de illo 3. ff. de usufruct. l. vico ca emptor 43. l. si ab emptore 49. ff. de exat. l. cum filius 76 §. dominus 2. ff. de legat. 2. l. non quocumpue 8. §. fundus 2. ff. de legat. 1. l. si quis ita 3. §. si loci 6. ff. de adimen. l. legat. l. in servitutem 16. ff. de bon. liberior. l. si usufructum 2. ff. de liber. cau. l. qui usufructum 58. ff. de verb. obligat. l. si a reo 70. §. si reo 2. ff. de fidejussor. l. si sem per 15. §. ergo 8. ff. quod vi aut clam l. in venditione 5. Digestis de reb. auctor. judic. possid.*

36 Observari etiam debet, quod est aequaliter detur jus accrescendi inter re tantum conjunctos tamen sit quaedam inter eos elegans differentia. Nam in re, & verbis conjunctis partem facit is, qui in rerum natu-

ra non est, & qui incapax erat tempore testamenti, ut supra demonstravimus hoc *cap. num. 19.* in conjunctis vero re tantum ceteris colligariis partem non facit, & de his intelligendum est sensisse Justinianum in *l. unica §. in primo 3. Cod. de caduc. tollend.* & id vel le videtur, in *§. ubi sunt vers. sin. autem disjunctim dist. l. unica.* Ratio est, quia in his conjunctis, scilicet re tantum omne quod scriptum est ei, qui in rerum natura non erat, vel qui incapax fuit acquirendi, habendum est pro non scripto, *l. pen. ff. de his, qui pro non scripto habent.* Hujus vero differentiae ratio nascitur ex ipsa differentia conjunctorum: Nam major, & superior conjunctio est ea, quae & verbis est, quam altera, quae re tantum est; illa, quae verborum est, ex ipso testamento proficiscitur, vide supra hoc *cap. num. 28.* & ea; quae ex ipso testamento oriuntur, necesse est secundum scripti juris rationem expediri, ait Gajus in *l. in his 16. ff. de condit. & demonstrat.* Idèd verborum conjunctioni non potest satis fieri aliter, quam omnibus nominatis, seu singulis partes tribuendo, ut tributus; Quia illa conjunctio facit specialiter, ut omnes scriptos admittere, vel omnes omittere debeamus. ex eo quod unius personae vicem substituit: *l. planè 14. ff. de legat. 1. Rei vero conjunctio extra testamentum incurrit, & tantum similis est verborum conjunctioni: Itaque cum in his, quae extra testamentum incurrit, possant res: capere interpretationem ex bono, & aequo: dist. l. in his 16. idèd ex illa stricta observantia, quam exegit verbalis conjunctio: remittitur aliquid in conjunctione rei tantum: Verumque apparet, ex *l. si heredi 5. ff. de condit. instituit. l. si is cui 13. §. cum ita 2. ff. de reb. dub. & in §. sed. l. sub diversis 51. l. cum pupillus 78. §. 1. l. tales 11. Digestis de condit. & demonstrat. l. quod vulgo 45. Digestis de manumiss. testament. l. si ita quis 13. §. si duo 2. Digestis de stat. liber. l. si ita quis 63. l. si quis ita 129. Digestis de P. O. l. in eo quod 110. Digestis de regul. jur.* Unde, cum rei conjunctio similis tantum sit verborum conjunctioni, non tamen cum ea, satis est similitudinem ejus observari in eo ut detur etiam jus accrescendi; & non est necesse, ut illam etiam servemus, in eo, quod incapax, aut qui in rerum natura non est, faciat partem.*

Denique verborum conjunctio non minus expressa est in scriptura testamenti, quam legatum ipsum quae quidem conjunctio concursum interpretativum, divisionemque illam imaginariam per omnium conjunctorum personas necessario facit ex eo, quod expressa est: Conjunctio vero realis non est per testatorem expressa, sed tacite intellecta secundum ejus voluntatis praesumptionem, & conjecturam; idèd ei, quae tacite subintelligitur, satisfieri potest minori negotio expressus est hac de re Imperator Justinianus in *d. §. ubi vers. sin. vero non omnes ff. de caduc. tollend. ibi: Si vero omnes legatarij, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, hac solida ejus sit, quia sermo testatoribus omnibus prima facit solidum assignare videtur, aliis supervenientibus, partes à priori abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuat. Sin vero nemo alius veniat, vel venire poterit: Tunc non vacatur pars, quae deficit, neque alij accrescit; ut ejus, qui primus accepit, legatum augeri videatur; sed apud ipsum, qui habet, solida remaneat, nullius concursu diminuta.* Quae verba proprie sunt re tantum conjunctorum: In his enim conjunctis, proprie omnibus prima facie (vide supra *cap. 7. num. 19.*) solidum assignare videtur scriptura: (Prima facie, id est, in re tantum conjunctis ita componitur, ut ei,

qui prior legatarius est scriptus, solidum legatum videtur: Posteriori vero scriptura, in qua etiam secundo legatario solidum datur, alia quaedam facies est, quae priori legatario partem auferit: Quod significat verba illa, *aliis supervenientibus, partes à priori abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuat.* verbi gratia: *Titio fundum Cornelianum do lego: Eundem fundum Sempronio do, lego.* Ubi postquam Titio totus fundus datus est in prima clausula legati, quae facies prima vocatur, sequitur altera clausula, quae auferit partem ab eo solido Sempronio concursu interpretativo; quae statim ab ipsa scriptura contingit. Ubi considerari potest aliqua prioritas, vel posterioritas scripturae in ipsa datione legati inter re tantum conjunctos: Nam antequam Sempronio legatum datum esset, verum erat, quod solidum Titio erat datum. Et sic interpretatur egregie hic locus, quem pessime interpretes juris, non vulgare, de jure non decrescendo intelligendum esse putaverunt.

38 In conjunctione vero, quae etiam verborum est, cui & rei conjunctio inest, hoc amplius reperitur, quod nemo legatariorum superveniat aliis: Nulla scripturae prioritas, vel posterioritas considerari possit, sed uno instanti omnibus legatariis simul res legata est, nulli legatario unquam solidum datum fuit, quin & alteris datum reperitur eodem tempore, non alio posteriori: Itaque in istis conjunctionis primà ipsa, ubique eadem, ac perpetua facie omnes legatarij concurrunt simul, quique pro sua parte per concursum interpretativum. Unde provenit, quod cum testator tam supremam, & arctissimam conjunctione legatarios omnes in unam personam colligit: *dist. l. planè 34. ff. de legat. 1.* non poterit dici illam unam personam servari, & retineri; si aliquis eorum legatariorum, qui testamento nominantur, in partibus faciendis per concursum interpretativum praetermittatur. Denique nostrum non est, defendi voluntatem manifeste conjunctionem dividere, & divideret certe; si is, qui in rerum natura non erat tempore testamenti, vel incapax fuerat, ad faciendam partem non admitteretur.

39 Si adhuc desiderio Lectoris sufficienter non satisfeci probando nostram sententiam, scilicet quod inter conjunctos, inter quos jus accrescendi, partes à principio fiant: cogitet viam hujus argumenti. Si pure conjunctim pluribus res legata sit per vindicationem in testamento, statim quo aditur hereditas, legatum illud legatariis transfertur recta via ab hereditate, nunquam factum hereditas: Quod contingit, antequam agnitus fuerit à legatariis legatum: *l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. liberto 20. ff. de bon. libert. l. à Titio 64. ff. de furt. Paul. lib. sent. 3. tit. 6 §. usufructus minuscujsque rei.* Ulpian. *in fragmat. tit. 9. §. legem text. in l. cum filius 67 §. dominus 2. ff. de legat. 2.* Ant. Fab. *in jurispr. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 37. & tit. 6. princ. 6. illat. 4. & lib. 6. conject. c. 1.* Donel. *lib. 8. comm. jur. civ. c. 15. & c. 18.* Ergo legatum hoc omnibus legatariis debuit recta via transferri: Sed omnibus insolidum non potuit, quia translatum ad unum ex legatariis solido non superest, aliud solidum, quod ad alios transferatur: Ergo singulis legatariis pro parte transferatur: Sed antequam realiter concurrant, non potest dici realiter partes factas fuisse: Ergo necesse est, ut per concursum interpretativum factas fuisse intelligatur. Deinde, eodem modo per legem 12. *tabul. de defectu hereditas, vel legatum à principio, quo adita, vel agnitus fuit ex postfacto: Sed in eo caso, quo plures heredes instituuntur, & legatarij scribuntur; si omne concurrant ex postfacto nullo eorum repu-*

diante, per partes adent hereditatem, & legatum agnoscunt: Ergo à principio per partes delata fuit hereditas per legem 12. *tabul. de defectu unicuique suam partem, non vero deferendo unicuique totum: Ac per consequens legatum, seu hereditas pluribus conjunctim relicta, per partes ante concursum realiter semper dividetur.*

Aliud argumentum non minus efficax à contra 40 rio sensu efficitur ex *l. idem 6 §. si mihi 2. ff. de usufruct. accresc.* ubi Ulpianus ait, quod si duobus usufructus conjunctim legatur, uni parè, alteri sub conditione posse dici eo tempore, quo adhuc pendet conditio legati usufructus, totum legatum pertinere ad legatarium illum, cui pure usufructus relicta fuit: Ergo si conditio apposta non fuerat secundo legatario, pertinere non poterat ei, cui pure legatum est, totum legatum sed pro parte, cum & alteri, cui etiam pure relinquebatur non poterat non competere, quod est proprium legati per vindicationem relicti: ut docuimus passim *hoc c. & super. nã si legatum relinqueretur per damnationem, uni pure, alteri sub conditione; idèd est, ac si utriusque parè, vel utriusque sub conditione relinqueretur: Cum in eo legato nunquam fiant partes per concursum ipso jure, sed pendant ab ipsa datione hereditas: De quo satis scripsimus hoc *cap. num. 22. & seqq.* Ceterum, quod proprium est legato vindicationis, reperitur etiam in hereditate per fideicommissam, uni pure, alteri sub conditione, restituenda; si legitimus haeres qui rogatus est restituere, eam hereditatem suspectam esse avertit: nullo enim consistere potest illa pars, cui apposta est conditio, quam in eo, cui pure restituenda est; postquam non potest esse apud heredem, qui suspectam esse dixit. *l. 1. §. sed & quoties 9. l. ex asse 28. ff. ad S. C. Trebellia facit l. qui fundum 87 §. si tu pure 3. ff. ad leg. Falcid. de quibus ill. vide Anton. Fab. lib. 18. conject. cap. 3. & de error. pragmat. dec. 50 error. 1. num. 8. & in rational. ad leg. 2. ff. si pars heredit. petat. Donel. lib. 7. comment. jur. civil. cap. 22.* Osuvald. *ibid. liter. L.* Itaque rectè probatur ex *d. l. 6. §. si mihi ff. de usufruct. accresc.* nostra sententia, alioquin enim frustra poneretur in ejus specie, sub conditione alteri usum fructum relicta fuisse: Vide supra hoc *cap. num. 18.* Et idèd ubi utriusque pure conjunctim legatum datum sit, partes ab initio fieri necesse est: Neque potest legatarius ullus plus partis suae vindicare: Nam si totus usufructus ad unum legatarium pertinet ex eo solum, quod sub conditione idem relicta fuit alteri conjuncto; evidenter colligitur, quod si utriusque pure relinqueretur, interim non totam alterius futurum, sed statim interituramque communicandum. Regula Canoniana (ut passim demonstramus) hujus differentiae causam facit: Quae quidem regula in conditionalibus legatis locum non habet: *l. cetera 41. §. tractari 2. ff. de legat. 1.* Nam si in legato puro non faceremus statim partes inter conjunctos, quibus omnibus legatum est; illud in singulis nunquam retinere possemus; ex eo, quod totum singulis statim dari non possit, postquam cognoverimus, testatorem noluisse multiplicare legatum: *l. si pluribus 33. ff. de legat. 2.* In eo vero legato conjunctim relicto pluribus legatariis, quorum alteri sub conditione datum fuit, non statim partes facimus; sed tunc, quando steterit conditio: *l. si tibi 10. ff. de legat. 3.* Idem est, est pluribus pure, & alteri, vel pluribus sub conditione legatur: Nam partes à principio faciendae sunt secundum numerum eorum, quibus pure legatum fuit, donec stiterit conditio, sub qua aliis legatum datum est; quae adveniente, postea partes multiplicabuntur, quasi concursu factio ex numero eorum cum prioribus*

41 Sed ex his, quæ diximus, non levis insurgit ratio dubitandi contra id, quod supra docuimus, nempe non dari jus non decrescendi, neque ullibi illud scriptum reperiri, sed præcisè debere esse jus accrescendi; Nam si in *d. l. idem 6, §. si mihi 2 ff. de usufr. ac. cresc.* interim dum pendet conditio in uno legatario, alter habet totum legatum; non adveniente postea conditio, vel adveniente quidem, hærede tamen postea legatum repudiante; necesse est, ut totum, quod apud legatarium semel resedit, non auferatur: Nam si ex eo diximus hoc *cap. num. 18.* jus accrescendi idèd dari, quia totum legatum, seu hæreditas nunquam apud unum collegatarium, vel cohæredem fuit: Ac per consequens, quod totum petere non potuit, dum alij deliberent, ex *l. 2. ff. si pars hered. petat. l. planè 34. §. si in pupillari 10. ff. de legat. 1. l. ex parte 25. ff. de solut. l. Titio 34. cum l. seq. ff. ad leg. Aquil. à contrario necesse est, ut fateamur, quod hic, ubi semel totum constitutum; apud eum legatarium, cui purè legatum fuit non possit non dici jus non decrescendi. Nam si alter sub conditione legatarius, existente conditione concuterit, vel conculu interpretativo vel, cõcurfu reali; certu est, quod illa pars, quæ huic legatario conditionali post impletam conditionem applicatur, decrescat ab illo toto, quod semel apud alterum legatarium recto jure domini totius ususfructus constitutum fuit: Quod adèd verum est; ut fructus omnes percepti ab eo, cui purè legatum fuerat, dum pendet conditio, sicut illius; sicut fierent alterius cujuscuq; bonæ fidei possessoris, *l. ex asso 28. ff. ad S. C. Trebell.**

42 Tamen neque his dubitationibus aliqua vulnera, nec levissima, substat adhuc sententia nostra Ratio est, quia nos partibus à principio faciendis per interpretationem nostram agimus in legato purè omnibus relicto; nè aliter posito jure totum, quod impossibile est, ut singulis legatariis detur, per Regulam Catonianam irritum fiat; itaque cum illa nihil operetur, ubi adest conditio, per quam effectus dationis legati suspenditur (vide supra *cap. 7. num. 3.*) idèd hoc legatum immutetur, & totum remanet ab ejus regulæ potestate. Ceterum, neque in hoc casu jus non decrescendi dici debet, etiam tunc, quando stiterit conditio: Neque enim pars alteri accrescere dicitur ab altero, qui totum habuit: Quia ille, cui conditionaliter relicto fuit, non habebat partem, cui accrescere, possit; & partem non habenti, non potest dici quidquam accrescere: *l. si totam 83. l. si ego 26. ff. de acquir. hered. l. hæc scriptura 26. §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* & quæ diximus supra hoc *cap. num. 4.* Sed neque ei, qui totum habuit, decrescere dicitur, & solum, quod propter existentiam conditionis evenit, est, ut certum fiat, eam partem nunquam fuisse ejus; qui totum habuit, neque illam unquam habuisse. Ratio est, quia à primo legato, quod de toto legato fuit purum ei legatario, postquam conditio stiterit, discedere debemus ad duo legata, quasi æquè pura; & legatum dividimus in duas partes, quasi ab initio factas. Conditionis etiam eventum retrahimus ad mortem testatoris nè minus unus legatarius à testatore, vel hereditate legatum videatur accipere, quamvis conditionale; quam alter legatarius legatum purum: *l. in eo 33. ff. de acquir. rer. dom. l. pecuniam 65. §. ult. ff. de legat. 2. l. quidam 19. ff. de manum. testam. l. in vitis 34. §. ult. ff. de fideicom. libert. l. Titio usufructus 96. §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* alioquin ab uno legatario videretur alteri legatum; quod juris civilis ratio non permittit, Ulpian. *in fragm. tit. 1. 4. §. 2. legatario 20.* Justinian. *princ. instit. de singul. reb. per fideicom. relicto.* quia non datur legatum legati, sicut

neque fructus fructuum, usura vsurarum, servitus, servitutis: *l. si non sortem 26. §. 1. ff. de condit. indeb. l. neque eorum. 15. §. 1. placuit 29. ff. de usufr. l. non trique 2. §. si indemnitas 5. ff. de administrat. rer. ad civit. pertinent.* Itaque suspenditur hoc legatum, non ex parte illius, quæ pura est; sed ex altera, quæ non est purè illius, neque illius; sed sub conditione, illius, si conditio stiterit; illius verò, si non stiterit.

Hæc ita scripsimus invito Antonio Fabro *lib. 15. 4. conject. cap. 6.* Donello *in l. filiusfamilias 78. ff. de P. O. Balduin. de reg. Caton.* & aliis interpretibus, qui conditionem in testamentis scriptam non retrahunt ad tempus mortis testatoris defendunt: Nobis tamen (ut diximus) verius visum est, conditionem in testamentis retrahunt usque ad illud tempus: De qua retractione aliqua breviter docebo. Ex *l. cum eman. cipatis 2. §. id quoque 3. ff. de collat. h. nor. l. si cum hæres 4. l. seq. ff. quando dies legat. cedat. l. is cui 42. ff. de obligat. & act. l. qua legata 13. ff. de regul. jur.* colligitur, conditionem legati non retrahunt; Hæc enim est ratio illarum legu; illa tam en absolute sumpta, falsa est: Ita ergo distinguere debet. Non retrahitur conditio ex parte legatarij, retrahitur tamen ex parte hæredis: Non retrahitur ex parte legatarij, quia est testator viveret, neque sub conditione quidem stipulatus videri possit; & si stipulatus videretur, esset sub ea conditione, quæ in testatoris potestate esset; quæ non retrahitur, neque ad hæres transit: Ratio est, quia nondum intervenit legatarij, nondum de eo visum est, sine quo totum testamentum factum est: Qui intervenit, solus testator est, & demonstravit se velle, se l. reliquit tantum, non etiam dedit, aut promissit. In stipulatione conditionali nondum quidem alter accepit, quod adhuc alter dare non vult: Tamen uterque jam convenit, se daturum, vel accepturum: Itaque ex parte stipulatoris, cum quo presentis stipulatio contracta fuit, est ea causa, quæ conditionem ad stipulationis initium referat; in legato verò non reperitur, quia nihil cum legatario convenit testator: Et idèd legatum ex parte legatarij ad mortis testatoris tempus non referatur.

43 Ex parte verò hæredis simul cum hæreditate, cui legatum tantisper inest, scilicet dum pendet conditio; necesse est, eventum conditionis referri usque ad mortem testatoris; *l. 1. §. servus 4. ff. ad S. C. Sillan. l. mania 32. §. 1. ff. de legat. 1. l. non idèd 66. ff. de rei vindic. l. si servus 14. ff. de condit. furr. l. & post. 12. §. 1. ff. famul. ereise. l. in ratione 11. §. 1. ff. ad leg. Falciol. l. generaliter 19. §. 1. ff. qui & à quibus manumiss.* Hæreditas enim, si purè fuerit institutio hæredis si sub conditione, quandoquæ adita fuerit, referatur & retrahatur ad mortem testatoris: *l. hæres 4. ff. de acquir. hered. l. ex re 18. §. ult. ff. de stipulat. servor. l. omnia 193. ff. de regul. jur.* quam retractionem etiam legatum sequi debere constat ex eo, quod si hæres decedat, antequam conditio legati exiit, hæredem suam sub eadem conditione obligatum relinquat: *l. legato 65. ff. de condit. & demonstrat. l. fundo 4. ff. ad leg. Falciol.* quod non poterat fieri, nisi eventus conditionis retraheretur ad mortem primi testatoris, alioquin hoc legatum datum videretur ab hæredis hærede, & non ab hærede testatoris: Ac per consequens necessariò faciendam fuerit ante Justinianum ab hærede hæredis legati potuisse: Quod juris civilis ratio non permittit, ut docet Ulpian. *in fragm. tit. 1. 4. §. post mortem 16.* Paul. *lib. sent. 3. tit. 6. §. 6.* Justinian. Imperator *in §. post mortem 15. instit. de legat. l. sciendum 70. ff. de verb. signif.* Est existente conditione, legatum non retraheretur ad mortem usque testatoris; certum esset, quod datio legati computanda esset

ab

ab eo tempore, quo initium haberet: Ergo illa datio non esset testatoris quia tempus illud existentie conditionis, à quo alius initium non habet, ei temporis, quo moritur testator, nisi per retractionem computari non potest: Et ideo etiam in ultimis voluntatibus, postquam stitit conditio retrahitur ex parte hæredis usque ad mortem testatoris.

44 His obiter monitis redeamus ad *d. l. idem 6. §. si mihi 2. ff. de usufr. legat.* ibi dicitur, totum legatum interim, dum pendet conditio, eius esse cui purè relicto est: Et rectè, quia totum ei relicto fuit, altero legatario nondum accipere valente, nondum concurrente, aut partem faciente; quia nondum ejus, legati conditio stitit: Itaque interim ille, cui purè legatum fuit, est non certe fit dominus totius legati; certius tamen est, quam hæres à quo jam deductum fuit legatum totum, aut alter legatarius propter conditionem, quæ adhuc pendet. Unde fit, ut legatarius ille, cui purè datum fuit legatum; fructus totus legati interim, donec pendet conditio, suos facit tanquam bonæ fidei possessor, quos non faceret, si utriusque legatario pure legatum relicto fuisse: *d. l. ex asso 28. ff. ad S. C. Trebell. l. bona fidei 48. ff. de acquir. rer. dom. l. ex l. herito 15. §. eum qui fin. ff. de quest. l. per servum 32. ff. de hered. per. l. lege 5. §. de leg. comm. ff. jur.* Deinde; si interim, dum pendet conditio ille, cui purè relicto fuit legatum, usum fructum ejus amittat, donec totus ejus est quia alter nondum conjunctus est. Jus omne legati amittat, eique usus fructus finierit, jus accrescendi cum alio legatario non habebit, quamvis ejus legati conditio postea stiterit, totusque usus fructus futurus est ejus, cui conditio apposi fuerat: Et ab eo quandoquæ amittit fuerit, usus fructus ad proprietatem rediturus est: *d. l. idem 6. §. si mihi sub conditio 16. §. ult. l. seq. ff. quib. mod. usufr. amittat.* Quibus manifestè cognoscitur, rationem nostram ut conjunctionis, & partium indivisum & juris accrescendi legatum subitari, & retineri in pluribus legatariis; ut in uno; & in uno, ut in pluribus: cum idèd in *d. l. si mihi 2.* jus omne legati ususfructus amittat legatarius purus ex eo, quod usus fructum amittit, dum totus ejus esset, vel antequam inciperet ad alium pertinere, itaque ex hoc loco per contrarium sensum veritas esse puro, partes ab initio fieri inter conjunctos, qui bus purè legatum relicto fuit, & has partes indivisas esse: Id est, intellectu magis, quam corpore factas: *l. servus communis ff. de stipulat. servor. Hæc §. servus communis oblatre ex diametro videtur text. in l. muer. 7. 4. ff. de cond. & demonstrat.* de cujus interpretatione, & conciliatione vide quæ dicenda à nobis sunt infra *l. b. §. c. 1.*

45 Hucusque probavimus, quo modo partes legati fiant à principio inter conjunctos, ut legatum totius, quod obtante Regula Catoniana subitari non poterat in singulis, per partes illud sublineamus; & sic juri accrescendi locum faciamus. Nunc restant aliqua obstacula, quæ si non dissolvantur, parum tuta manebit sententia nostra. Et primò acriter obstat dicere, impossibile esse, quod Regula Caton. & jus accrescendi inter se non pugnent secundum nostrum, quo explicamus jus accrescendi modum. Nam jus accrescendi per nos non potest esse nisi eo casu, quo solidum unicuique legatorum à testatore datur: Sed tunc quando solidum singulis datum est propter impossibilitatem præstandi unicuique solidum, per Regulam Catonianam improbatur illud legatum: Ergo nihilum sera erit legati divisio, cum prius constituitur totum, quo posito Regula Catoniana statim non potuit non operari. Hæc argumento, quod maximum est, & unicuique quod opponi vilius

possit nostræ sententiæ (cætera enim exigua sunt) respondendum est duplici modo. Primò, quod non curat Regula Catoniana promptius ad improbandum legatum totius, quam lex ad dividendum totum illud per partes; imò citius divisiones partium fiunt quia in ipsa conjunctione legatariorum, seu hæredum fit divisio partium legati, seu hæreditatis totius: Cum conjungere legatarios, seu hæredes, nihil aliud sit, quam parts dividere secundum per sonarum numerum, ut ex Iavoleno *in leg. cui fundus 56. ff. condit. & demonstrat.* docuimus supra hoc *cap. num. 12.* & cum conjunctio illa legatariorum, seu hæredum contingat in ipsa scriptura; & Regula Catoniana licet statim à scriptura, tamen necesse sit, ut post perfectionem scriptura operetur Rectè dicit, quisquis docuerit, quod antequam operari possit Regula Catoniana, sit jam per interpretationem nostram in partes divisum legatum totius. Testator solidum unicuique dedit à scriptura, sed ita dedit ut in ipsa datione eos conjungeret per ipsam scripturam: Et ita cum non possit considerari instans ullum, quo perfectum sit testamentum, in quo etiam non consideretur factam conjunctionem; & conjunctione ipsa divisio fiat: inde est, quod Regula Catoniana, quæ operatur post illud instans, quo perfecta dici potest scriptura, non possit potestatem suam alius ex tollere, nisi ad illud instans, quo dicitur perfectum testamentum: Tamen ante illud instans ex ipsa conjunctione (ut diximus) divisio partium interpretativè facta fuit: Ergo Regula Catoniana non potuit improbare legatum totius; cum illud in partes divisum semper inveniat tempore, quo vites suas potest exercere.

46 Secundo modo, & elegantiori sic responderi potest admittendo (quod argumentum intendit) pugnam inter Regulam Catonianam, & jus accrescendi; & inter id, quod diximus in legato conjunctum relicto totum à principio eoque legatario datum fuisse, & partes à principio etiam divisas fuisse: Nam hanc contrarietatem alià juris antiqui regulâ dirimit Iurisconsult. Paul. *in l. in ambiguis 85. §. si. ff. de regul. jur.* his verbis: *Quævis æquitas, desiderij naturalis ratio, aut deb ratio juris moratur, justis decretis resistere, perandus est. Æquitas, & ratio desiderij naturalis pugnant inter se: Æquitas in eo versatur, ut legatum quomodo, utque possit, conservetur, nè irrita fiat legantis voluntas: l. 1. c. de sacrosant. eccl. si. Ratio desiderij naturalis in eo est, ut legatum totius (sicut scripti testator) observetur: Iuris dubitatio in eo consistit, quod legatum totius non possit servari nisi per partes propter Regulam Catonianam: Et si partes fiant, non substat totum, ut testator scripsit. Hæc pugnantia, ait Paulus, justis decretis temperanda esse: itaque modo, quem supra statuimus, legatum mero jure civili nullam aliquo modo non substatnemus, cum partes ab initio damus legatariis, quibus scriptura totum integrum dedit: Sed aliquomodo observamus illud legatum, cum singulis, quibus totum dari non potest, partes vitales ab initio damus. Ulterius: Observamus legatum, cum legatariorum, qui scripti sunt à testatore, nullum prætermittimus (hoc de re, & verbis conjunctis explicamus) etiam si incidamus in aliquem, apud quem id legatum sic inutile; pura, in eum, qui in rerum natura non est, vel capere non potest: Nè alioquin inutile ejus pars aut pro non scripta habita, totum legatum, quod unum est, neque diverso jure censeri potest; in inutile faciat. Desiderij verò naturalis rationem in eo retinemus, quod postquam à toto discedimus per partes; ad totum illud, ad quod redire natura*

liter

quàm prædo contra creditorem exercet, veniant etiam fructus, quos creditor perceperit bonâ fide, & non imputaverit in fortem debiti principalis, neque in ejus usus: Et respondet Ulp. competere Prædoni pignoratitiam actionem. non solum ad rem petendam, sed etiam ad fructus consequendos: Neque quicquam oblatæ ait, quod Prædo fructus suo non faciat; & quod possint ab eo vindicari stantes, & consumpti condici ab eo, cujus est dominium rei furatæ. Ratio, quàm tradit Ulpianus, hæc est: Quia Prædoni prodest bonâ fides creditoris; ideo que datur ei etiam de fructibus pignoratitia actio. Hæc præsupposita specie quaerit Cujacius: Cur detur Prædoni actio de fructibus, quos suos neque facit, neque facere potest? Et respondet, imò in hac specie suos facit (verba sunt ejusdem) quia prodest ei, quod creditor, qui eam rem in pignus accepit bonæ fidei possessor fuit. Prædo percipiat fructus non suos; dominus prædij vindicabit eos, quasi suos: At eos percipit creditor, qui bonæ fidei possessor fuit, qui videtur fructus suos fecisse, & ita per eum cum re ipsa pignoratita rectè restituantur Prædoni. Rationem reddit, quia sæpè quod quis ex sua persona non habet, per tertiam personam habere potest: *l. Aristo 3. in fin. ff. quæ res pignori dari poss. l. filius 42. ff. de bon. libert. l. idem Neratius 3. §. non solum 2. ff. de usufr. accresc. l. ff. de au. tutor. l. cum hereditate 5. ff. de acquir. hered. l. si is, qui duos 19. ff. de liberat. legat.* Hanc eandem explicationem approbavit D.D. Martin. de *l. aricat. lib. 3. select. jur. disp.* ubi Lectionem remittit ad hunc Cujacij locum, & etiam ad Anton. Richardum in *§. action. 28. inst. de act. quest. 24. n. 14.*

² Hanc Cujacij explicationem impugnant rationes Antonij Fabri non vulgares; qui quidem *lib. 7. conje. l. cap. 19. ab eo §. prædo*, tollit ultimum illum versum *proderit igitur ei, quod creditor bonâ fide possessor fuit.* Inspiciamus nunc rationes ejus, quibus ad tam inane cæterium moveret. Ille ait: Licet enim alienæ rei pignus consistere non potest: *l. & que nondum 15. §. quod dicitur 1. & passim ff. de pignor. tot. tit. Codic. si aliena res pignori dat. sit.* idem Anton. Fab. in *jurisprud. Papintit. 12. princip. §. illat. 5. §. de error. pragmat. decis. 1. error. 1.* tamen qui rem alienam pignori dedit, non eo minus poterit agere pignoratitia actione; postquam totum debitum solverit creditori: *l. si rem §. si quoque 4. ff. de pign. action. alioquin alienam rem pignoris nomine impandè retineat creditor. si pignoratitia conveniri non possit: Neque distinguemus, an qui rem alienam pignori dedit, sciens alienam esse dederit; an verò suam esse existimans: ut in *l. si res alienam 29. ff. de pign. action.* quod & Cujacius *ex l. commodare cum l. seq. ff. commodati. l. 1. §. si Prædo 19. ff. de pign. docet lib. 11. quest. Papin. in l. 1. §. cum prædium ff. de pign.* Nam etsi Prædo rem pignori dederit, ac deinde debitum integrum solverit, aut alter eo nomine satisfecerit, competit ei pignoratitia actio; non tantum de re pignoratita, sed etiam de fructibus; si quos forè creditor ex pignore percepisset: *dist. l. si pignore 2. 2. dist. §. si Prædo ff. de pignor. action.* quia competit pignoratitia non solum ad rem ipsam recuperandam, sed etiam ad consequendas accessiones puta, fructus, & usus: *l. quamvis 6. §. ultim. & l. seq. ff. cod. tit. l. 1. Codic. cod.* Neque æquum esset propter personam Prædonis, qui creditori satisfecerit, remanere fructus apud creditorem nullo jure, & sine causa facit: *l. si urbana 55. ff. de condit. indeb. ita namque creditor ipse prædo fieret ratione fructuum, & altero odiosior esset; ex eo quod prædandi causam captaret ex contracta bonæ fidei, cui primus Prædo**

ex sua parte omnino satisfecit. Sic etiam ex *l. abro Ofuvaldus lib. 14. comm. Donel. c. 2. liter. l. ed & generaliter traditum est (ait Ant. Faber) cum qui ab adversario suo possideat, nunquam debere propter hunc, quod possideat, vincere: l. 1. §. ult. & l. seq. ff. de pign. tot. tit., neque novum esse antiquiori Prædoni adversus posteriorem prædonem competere actionem, sicut & interdictum; *l. 1. §. qui a me 30. ff. de vi a. & vi mar. & id esse, quod Ulpianus scripsit in dist. §. si Prædo.**

Ubi tamen quod sequitur *in fin. ponderit igitur ei, quod creditor bonâ fide possessor fuit*, se non intelligere ipse summi ingenij vir fateatur. Nam si verum est (ait) quod Ulpianus dixit, Prædonem hunc qui antea actione pignoratitia consequutus fuit fructus, non posse eos facere suos; quia utilitas futura est Prædoni ex bona fide creditoris? Itaque docet, in *dist. vers. negationem ponendam, & sic eum legendum esse: Non proderit igitur ei, quod creditor bonâ fide possessor sit.* Quæ quidem lectio statim etiam ipsi displicuit; ex quod admitti non possit, creditorem ratione fructuum videri bonæ fidei possessorem; cum eos ex re pignoratita percepisset, præsertim post natam pignoratitiam; hoc est, post solum creditorem omne debitum: Quia tunc scit ille se pro alieno possidere, ob idque neque usufructu posse: *l. pignori 13. ff. de usufr. neque ad eos fructus retinendos longi temporis præscriptione se defendere: l. ult. C. de pignor. act.* Neque eò minus, quod creditor aperte malam fidem habuit, cum pignus accipiebat; sciens esse alienam, competet primo Prædoni pignoratitia; imò magis, quia postquam retinet fructus ex duplici rei alienæ scientia, duplicem quoque malam fidem habere creditur; itaque nihil prodest Prædoni bona fides creditoris, neque nocere ejus mala fides. Unde totum illum, *vers. proderit igitur ei, quod creditor bonâ fide possessor fuit*, imperio interpreti tribuendum esse affirmavit Ant. Faber, cujus in præcedentibus sensum approbavit Ofuvaldus; qui tamen neque ullum verbum circa emendationem Antonij Fabri egit: Quare libenter mihi persuasum habeo, difficultati quoque succubuisse: sicut enim in aliis emendationibus eum immodestè reprehendit arrogantia plenus, quare hinc silentio præterivit quod in aliis impatienter tolerare nequit; Ratio in promptu est, sed nolo.

Expetiamur nunc, an nobis adsint aliqua ingenij vires quibus è manibus Antonij Fabri illæsum hunc versiculum extrahere valeamus. Itaque censeo, Ulpiani mentem fuisse, quod Prædoni prodest bona fides creditoris; non ad hoc, ut ipsi competat actio pignoratitia propter alterius bonam fidem, nam illa præcisè datur Prædoni ex eo solum, quod solverit integrum debitum propter quod in pignus data fuerat res furtiva, *dist. l. si rem §. si quoque ff. de pignor. action.* quia interest ei, ed quod teneatur, *dist. l. 1. §. si Prædo ff. de pign. Sed proderit ei bona fides creditoris ad hoc solum, ne impediat, ut detur Prædoni pignoratitia actio contra creditorem; impediretur enim, si creditor fuisset malæ fidei possessor. Ratio est, nam cum accipiendo rem malâ fide, furtum etiam commisit creditor: text. in *l. cum servus 15. ff. de condit. cau. dat. cau. non sequit. ibi: Sed si tuus mansisset etiam furti te alturum cum eo, quia res aliena ita sit usus, ut sciret, se invito domino uti, aut dominum, si sciret prohiberetur esse, text. expressus, in *l. servus 36. vers. respondit. ff. de condit. indeb. ibi: Respondit, si is qui pignori accepisset magidem, alienam scit apud se pignori deponi furti eius se obligasse. Ideoque si pecuniam à servulo accepisset redimendâ furti causa***

posse

CAPUT II.

Traditur n. va, & vera interpretatio verborum: Quia hoc jure utimur ut juris gentium sit acceptilatio text. in *l. an inu. zilis 8. §. ult. ff. de acceptilat.*

SUMMARIUM.

- 1 Traditur definitio Acceptilationis. Acceptilatio non potest fieri nisi verbis interposita stipulatione. Acceptilationem juris civilis esse proponitur, & quare? Stipulatio semper pertinet ad negotium jam contractum. Explicatur princ. instit. de V. O. Iure gentium quisque agnovit bonam fidem. Traditur ratio *l. 3. ff. de V. O. & l. 2. §. 3. ff. de accept. rei judic.*
- 2 Alia definitio Acceptilationis, qua traditur in *l. 1. ff. de acceptilat. explicatur.* Proponuntur differentia hujus definitionis, & ejus que referuntur num. 1. Prædictio supponit habitam.
- 3 Quæ sunt genera obligationum, quæ verbis tolluntur, ostenditur. In dotis datione antiquitus verba solemnia erant; & quomodo constituebantur, demonstratur. Hujus dotis dationis exemplum referuntur in ff. Injurandum operam domi, aut muneris quomodo fiebat per lib. cum demonstratur. Circa hoc in jurandum Donellus & Ofuvaldus reprehenduntur. Obligaciones, quæ verbis contrahuntur, per acceptilationem sine Aquiliana tolluntur.
- 4 Acceptilatio præcedente Aquiliana omnes ex quocunque contractu obligatos tollit. Explicatur text. in *l. ult. ff. de accept. l. 5. ff. de relic. vend. & l. 56. ff. de pact.* Acceptilationem juris civilis esse, & non juris gentium, aperit ostenditur.
- 5 Verba *l. 8. §. ult. quibus probatur, acceptilationem juris gentium esse, referuntur.* Eorum, quæ civilis juris fuerunt, non potuerunt esse alia verba, quam latina. In testamentis, & decretis judicum serò permixta fuit Exotica lingua. Quæ sint verba civilia in *l. 7. ff. de vulg. & pupill. substit.* Quæ & fideicommissa poterant relinqui quibuscunque verbis; & legatum non nisi latinis, ostenditur.
- 6 Explicatio Gothofredi circa verba *d. l. 8. §. ult. referuntur, & referuntur.* Sine mutuo contrahentium consensu nulli contractus subsistunt. Justa nuptiis inter se solum civis Romani possumus contrahere. Stipulatio inutilis ratione verborum neque obligationem naturalem parit.
- 7 Alia interpretatio Ant. Fabri rejicitur. Ut quid juris gentium sit, non repugnat originem civilis juris habuisse. Fundamentum juris gentium est ius civile.
- 8 Alia explicatio Ioan. Borcho. referuntur, & referuntur. 1 2 Nullum.

posse repeti: Sed si nescisset alienum apud se deponi, non esse furem: *l. si quis servo 18 in fin. ff. de soluti Quæ sententia expressa est apud Bald. de Perusio cons. 376. num. 4. volum. 3.* Et ratione hujus furti à creditore pignoratitia, quasi à secundo fure petere dominus possit rem furtivam: text. in *l. qui re 76. §. 1. ff. de furt. ex. inde eveniret, quod secundus fur non deberet rem illam furtivam restituere priori, cum periculum restitutionis rei domino faciendæ æquè utraque faram obstringat; Et quod magis est, priori furi contra secundum furem actio furti non competat: *ait §. 1. quamvis prioris iterit, rem non fuisse subreptam: Quippè cum res periculo ejus sit, ut ait eleganter Ulpianus in *l. itaque 12. §. 1. cum qui 12. §. 1. l. 1. ff. de furt. l. in hac actione 3. §. si merum 1. ff. ad exhib. l. idem l. non fraudatur 134. §. 2. Digesti de regul. jur. Meitò igitur dicit Ulpianus bonam fidem creditoris prodest prædoni, cum bona fidei creditor rem accipiendo in pignus, furtum committere vitasset: quod sine dubio committeret, si sciens rem esse alienam accepisset: *videtur 2. §. 2. ff. de furt. & post commissum à creditore furtum, nulla actio danda erat primo furi contra secundum. Recta ergo est, & tanto Iuriconsulto digna consequentia, quam deducit in illo vers. proderit igitur, & cum absque bona fide tam apertum periculum, & damnum prior furi pati deberet****

Superiori tamen interpretationi obstat Antonius Faber dicens, quod semper detur pignoratitia actio prædoni post solutionem debiti. etiam si creditor dum accipiebat pignus, non ignorebat rem alienam esse: *d. l. 9. §. 1. is quoque ff. de pign. act.* cum ad eam exercendam sufficiat, rem datam fuisse in pignus, licet pignus rei alienæ non consistat, ut demonstravimus supra *hoc c. n. 1.* Sed respondetur huic objectioni, id verum esse tunc, quando ex parte accipientis res aliena, quæ traditur accipitur in pignus; quod facit sola bona fides creditoris; non verò tunc, quando res aliena in pignus data ipso actu recipiendi contrahitur; & propter id furtum ab accipiente committitur: Quod præcisè evenit ex mala fide accipientis, ut probavimus in præced. neque tunc, quando factum committitur à creditore propter malam fidem, quam habuit, cum rem acciperet, actio furti competere potest primo furi; non solum ex eo, quod nemo consequatur actionem ex improbitate suâ: text. in *d. l. 12. §. 1. ff. de furt. sed etiam ex ratione, quod secundus fur respectu primi furis non commiserit furtum: cum rem illam ejus voluntate accepisset, & ipse eam secundo tradidisset. Neque obstabit, si dicas, respectu primi furis furtum committi per creditorem, cum ipse rem illam convertat in divertium propositum, quam à fure data fuit; id est, quod unus in pignus dedit alter furto accepit: *§. furtum autem 6. inst. de obligat. qua ex delict. nascunt. l. qui jumenta 40. l. si pignore 54. in princ. §. 1. ff. de furt.* Ant. Fab. in *jurisprud. Papintit. 2. princ. 4. illat. 2.* Nam id non provenit ex proposito accipientis, sed ex naturâ ipsa, & qualitate rei traditæ: Cujus possessio ad aium scientem rem esse alienam non potest transferri, quin ipsa acceptione furetur: Id verò contingit ex eo, quod domino cui subrepta fuit, invito accipiatore, non verò ex eo, quod accipiendo in primo fure tradente, & cujus interest rem illam non subripi, contra eum contrahatur: Et sic interpretandus est *d. vers. Proderit igitur d. §. si prædo.* Quantum distet ab his, quæ scripsimus, sensus Bachou. mordacissimi, reprehentoris Antonij Fabri cognoscat quicquamque eum viderit ad Treuter. volum. 2. select. disp. ff. 1. de pignor. thesi ult. lit. C. pag. 1. & in executionibus advers. Ant. Fab. poster. chilian. dec. 84. err. 4. pag. 1. 4.*

D. Hieron. Oroz, de Apicib. Iur. Civ.

- 9 *Acceptilationem etiam inter Romanos juris gentium est, reus ratione defenditur.*
Verbum ut plurimum apud Consultos pro relativo sumitur, & non pro adverbio.
Elegans interpretatio verborum: dict. §. ult. nam hoc jure utimur, &c. profertur.
Explicatur §. 1. instit. de jur. nat. gent. & civil. l. 6. & 9. de just. & jur. §. 1.
Ad contrahendas nuptias, ut sum juris naturalis sufficit consensus.
Similes nuptie quos effectus producant inter cives Romanos, ostenditur.
In quo differant iusta nuptia à dicitis nuptiis, edocetur.
An etiam stipulatio apud Romanos juris gentium esse possit.
- 10 *Nullum est jus gentium, quin prius fuerit jus civile, & quare.*
Ciceronis locus refertur, & probatur.
Genus humanum constitutum fuit ex singulis, sive hominibus, sive populis.
Quare Paulus in l. 8. §. 3. sacram ff. de V. O. prius ponat jus civile, quam gentium?
Idem observatur in princ. instit. de nup. & l. 4. §. 2. ff. de gradib. & affinib.
Quare ex contractibus juris gentium dicatur nasci civilis obligatio?
Ius, quod gentium est, raro appellatur jus civile, & quare?
- 11 *Ius gentium, omnium gentium commune est, idque explicatur.*
Naturalis ratio aequè apud omnes expressit jus gentium.
An ex eo solo, quod sic expressit, constituitur jus gentium?
Naturalis ratio ante usum non est, us gentium sed nuda aequitas.
Explicatur l. 9. in fin. ff. de just. & jur. §. 4. instit. de jur. nat. gent. & civil.
Naturalis obligatio, qua non producit actionem, neque obligatio est, sed nuda aequitas, vel nuda fœctum.
Ut obligatio naturalis produceret actionem, accipit à jure gentium, vel civ. li.
Explicatur l. 5. de just. & jur. l. 4. de pecul. l. 40. §. 3. ff. de cond. & demonst.
Dictamen rationis naturalis non potuit ad usum reduci aequali tempore apud omnes gentes.
Nullum jus gentium est, quod prius necessario non fuerit jus civile, &c. n. seq.
- 12 *Superioribus obstat text. in d. l. §. in fin. ff. de just. & jur.*
Ejus difficultas proponitur urgentissima.
Distinguitur oblatio, & explicatur noviter dict. text.
Bella, captivitates, & cetera juris gentium jura idem jus gentium fecit, ut apud omnes reciperebantur.
Non potest facile discerni à qua civitate caperit jus, quod in jus gentium translatum est.
In his, qua jam facta sunt juris gentium, obliuiscimur nomine juris civilis.
Bellorum, & ceterorum jurium usus ab aliqua civitate caput priusquam juris gentium fieret.
Qua facta sunt juris gentium, non appellantur jus civilis, sed gentium: & quare?
Ultima verba d. l. §. de just. & jur. noviter explicantur.

- Interpretatur text. in §. 3. instit. de jur. nat. gent. & civil.*
- 13 *Urgentissima oblatio deducitur ex l. 1. ff. de acquir. rer. dom. & §. 1. instit. de rer. divif.*
Explicatur noviter d. l. 1. & num. 15. & dict. l. 9. de just. & jur. §. 2. instit. de jur. nat. gent. & civil.
- 14 *Difficultas oblationis augetur ex dict. §. 1. 1. eaque dissolvitur usque ad vers. palam.*
Absurda apud Iustinianum in dict. §. 1. 1. notantur.
Quare dicitur jus gentium cum ipso genere humano predictum fuisse?
- 15 *Explicatur d. §. 1. 1. in quatuor Iustiniani.*
Quare in d. §. jus gentium, de quo agitur, appellatur jus naturale?
Explicatur text. in l. 4. ff. de deposit. l. 1. ff. de captiv. & postlim. revert.
Eodem modo explicatur l. 4. §. 4. ff. de re judic. l. ult. ff. de deposit. §. 2. instit. de obligat. que ex delict. nasc.
- 16 *Ostenditur rectè explicata esse verba. l. 8. §. ult. ff. de acceptilat.*
Etiam rectè esse sententiam: Puta, omni juri gentium in se jus civile.
D. D. Martin. de Larreat. laudatur circa d. §.

A Acceptilatio, ut eruditissimo viro Supremo Regalis Senatus Consultatio dignissimo D. D. Martin. de Larreat. placuit lib. 8. selett. jur. disp. c. 1. n. 1. (ut nobis etiam placet definitio tam perspicuo calamo approbata est verbum conceptio, quibus se absolunt duo n'ro, citraque. Quam definitionem offerri à Cujacio in paratit. ad tit. de accept. & illam sibi plus arridere ait, quam aliam Donelli lib. 16. comm. jur. civ. c. 21. in princ. quæ Donelli definitio licet idem contineat, pluribus tamen & superfluis verbis aliquatenus confusa est; ab ea verò, quæ pertinet ad probationem nostræ definitionis, licebit mutuari. Verbis conficitur acceptilatio, id est, interposita stipulatione: l. 1. l. 7. §. 7. ff. de acceptilat. §. item per acceptilationem inf. quib. mod. tollit. oblig. l. 1. C. eod. tit. quæ solemnitas efficit, ut acceptilatio sit juris civilis: Itaque juris gentium esse nequit, cum ex ratione naturali esse non possit, ut his potius, quam illis verbis quis obligetur, aut liberetur: l. 1. §. 1. ff. de emptio 2. ff. de contr. empt. l. 1. ff. locat. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princ. 4. illat. 2. Unde provenit, ut tota acceptilationis natura ad jus civile sit referenda: l. penult. ff. de solat. Neque juris gentium necesse fuit induci stipulationem, quia non alia de causa inducta fuit, quam ut id, quod jam alioquin debebatur, firmius & efficacius deberetur, & per judicem magis præcisè peti posset: Quod & Iustinianus non dissimulat in princ. instit. de V. O. cum stipulationem ab stipulo, quod veteres pro firmo dicebant, dictam fuisse doccat. Et pendunt stipulationes omnes ex negotio jam contracto: l. stipulationum §. versic. c. v. m. n. o. ff. de V. O. nam jure gentium, sicuti jubetur quisque agnoscere bonam fidem: l. cum amplius 84. §. is natura 1. ff. de regul. jur. nihil aliud requiritur ad hoc, ut præteretur quod deberetur. Ex quibus evidenter inferitur, quod etsi quis stipulanti sine causa sponderit, vel stipulanti per machinationem & dolum promiserit, jure civili obligetur ille, qui utique jure gentium non esset obligatus: Et idèd contra eum, qui agit ex tali stipulatione datur exceptio doli

- doli mali: l. si quis 36 ff. de V. O. l. palam 1. §. circa 3. ff. de doli mali, & meus except. Donel. lib. 12. comment. jur. civil. cap. 7. & lib. 21. cap. 5. & c. 9. Osvald. lib. 2. comment. Donel. cap. 6. liter. E. & X. Ant. Fab. de error. pragmat. dec. 1. error. 7. & 8. Cui exceptioni tum dolum locus est, cum id agendum est, ne cui dolum per occasionem juris civilis contra naturalem equitatem profit: l. 1. d. tit. de dol. mal. & met. except. item Ant. Fab. eleganter in jurispr. Papin. tit. 2. princ. 5. illat. 4. his rationibus affirmat, acceptilationem, quæ non fit nisi per stipulationem, ut definitio nostra probat, à jure civili provenire. Cujac. lib. 5. obser. c. 36. d. quo nostram sensum aperietur infra à num. 5. cum seqq.*
- 2 *Atia acceptilationis definitio, quæ traditur à Jurisconsulto Modestino in l. 1. ff. de acceptilat. puta: Acceptilatio est liberatio per mutuum interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio, distinctissima est ab ea, quam supra ex Larreategui, & Cujacio tradimus: Hæc enim definitur sine dubio illa, quæ sit proposita stipulatione Aquiliana, quæ pertinet ad contractum, non ad verborum obligationem: Itaque sicut contractus est ultro citroque obligatio: l. Labeo 19. ff. de verb. signif. de cujus explicatione videandus est omnino, Joan. Borcholt. de verb. obligat. c. 1. n. 63. & seq. Ita & hæc Acceptilatio est ultro, citroque obligatio: ex contractu mutua obligatio nascitur: Et idèd ex illa acceptilatione contingit mutua liberatio: l. ult. ff. de acceptilat. sic doctissimus, Jacob. Cujac. d. lib. 5. observat. cap. 36. Ergo reprehendendus est Aegidius Hortensius, qui in d. §. item per acceptilationem 1. instit. quib. mod. tollit. obligat. & alij hæc una Modestini definitione contenti, dicunt illam esse absolute definitionem acceptilationis, in qua & subintelligi debeat mutua responsio, quæ correspondet mutua interrogationi; ita ut sic fiat duplex acceptilatio: Quorum reprehensionis ratio hæc est. Nam si unus tantum stipulationi obligatus est, ad quid erit reciproca responsio, & interrogatio, ut uterque contractantium liberetur; cum unus eorum, id est, stipulator nullo obligationis vinculo sit obstrictus; & ubi obligatio non est, liberatio ulla esse possit: l. decem 116 ff. de verb. obligat. D. D. Martin. de Larreategui lib. 8. selett. jur. disput. c. 3. n. 9. Donel. lib. 15. comment. jur. civil. c. 8. Osvald. ibi liter. O. Cujac. lib. 4. quæst. Papin. in d. l. decem. Ant. Fab. in jurispr. Papin. tit. 4. princ. 4. in princ.*
- 3 *Ergo optime distinctas adducimus definitiones acceptilationis: Prima, quæ conveniat ei acceptilationi, per quam tolluntur tantum obligationes, quæ verborum contractantur; id est, quæ ex mutua interrogatione, & responsione contractantium oriuntur: Quæ obligationes sunt in triplici genere: Stipulatio, dotis dictio, & jusjurandum operarum, doni, aut muneris. Cujus lib. 2. instit. tit. 9. §. 1. verbis 3. §. sunt & alia 4. §. item & alio 5. In dotis dictione verba solemnia erant, quibus dotem dicebat mulier nuptura, vel debitor mulieris iustus ipsius mulieris, vel parens mulieris virilis sexus per vitilem sexum cogitatione conjunctus; veluti pater, avus paternus viro mulieris futuro, Ulpian. in fragm. tit. 6. §. dotem 2. hujus dotem dictiois exempla passim occurrunt in tit. ff. de jur. dot. ut in l. si ei 25. l. si pater 44. §. 1. l. quemadmodum 46. §. §. debitori 1. l. nuptura 57. l. si mulier 59. vide Alciat. parerg. jur. lib. 1. cap. 10. Eodem modo jusjurandum, quo liberus post manumissionem patrono manumissoi pollicebatur operas, vel donum, vel munus: dict. §. item & alio text. in l. ut jusjurandum 7. in princ. & §. jurare 3. cum l. seq. l. servus 10. §. 1. ff. de oper. libert. l. ultim. ff. de liber. cav. Ex his colligitur, non esse rectum sensum*

Donelli, & Osvaldi, qui lib. 14. comment. jur. civil. c. 36. liter. H. & lib. 16. cap. 21. putant non fuisse verbis contractam hæc de operibus libertorum obligationem; & ita necessariam esse per stipulationem Aquilianam illam novare, ut acceptilatione tolli possit. De his omnibus tam de dotis dictione, quam de jusjurando operarum, doni, vel muneris aliqua tantum indicat, non verò explicat Cujacius dict. cap. 36. & lib. 1. desinit. Papin. in l. cum Aquiliana 5. ff. de transfact. de dotis dictione sit, plura exempla reperiri in d. tit. ff. de jur. dot. & quod verba illa, quæ frequenter ibi occurrunt, prædicta illa, vel tota millia doti tibi erunt, sint formulæ dotis dictiois, Osvald. dict. lib. 16. comment. Donel. cap. 21. liter. P, apud quem & Antonium Fabrum lib. 19. conject. cap. 3. videre etiam poterit quomodo olim fuit frequentissimus modus constituendæ dotis constituere per acceptilationem. Itaque hæc omnes supradictæ obligationes, quæ verbis solemnibus nascebantur, per acceptilationem nulla prævia Aquiliana stipulatione tolluntur: l. per jusjurandum 13. in princ. ff. de acceptilat. verbis autem tolli non potest nisi illa sola obligatio, quæ verbis contracta fuit: l. an inutilis 8. §. acceptum 3. ff. de accept. juxta id, quod definitum est in l. proxi. 80. ff. de solut. scilicet ut eo genere, quo obligamur in contrarium actio liberetur; quod naturæ congruit omnino: l. nihil tam naturale 35. l. omnia 160. l. ferè 153. ff. de regul. jur. l. emptio 3. ff. de resc. vendit. facit l. in omni 13. ff. de adopt. l. de quibus 32. ff. de legib. Ant. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princ. 7. illat. 5. tit. 6. princ. 2. illat. 22. tit. 10. princ. 1. illat. 24. Osvald. lib. 10. comment. Donel. cap. 17. liter. D, Donel. lib. 11. comment. jur. civil. cap. 17. Joan. Dav. de testam. num. 36. Cujac. lib. 4. respons. Papin. in l. mortis 53. ff. de don. inter. vir. & uxor. & dict. l. cum Aquiliana 5. Digestis de transfact.

Secunda verò definitio acceptilationis, quæ præsupponit stipulationem Aquilianam, omnes omnino obligationes ex quocumque contractu ortas novat, ex dissolvit: Itaque si quis velit etiam re, aut consensu, aut literis, non verbis, contractas obligationes per acceptilationem perimere; remediò, & cautione ea uti debet, quam Gallos Aquilius jurisconsultus introduxit, ut eas obligationes interpositam novationem transferat, & transfundat in verborum obligationem interpositâ ad id stipulationem; & postea per acceptilationem, quæ contrahitur non nisi verbis, eas extinguat: §. est autem 2. instit. quib. mod. tollit. obligat. l. & uno 18. §. 1. ff. de acceptilat. l. Aquiliana 4. cum l. seq. ff. de transfact. l. ultim. Codic. de acceptilat. Anton. Fab. in jurisprudent. Papin. tit. 2. princ. 4. illat. 1. & in rational. ad l. 4. & 5. ff. de transfact. Brisson. lib. 2. de solut. pag. 373. & seq. Osvald. & Donel. dict. lib. 16. comment. jur. civil. cap. 21. liter. N, ubi & alios refert, Cujac. ad Papin. in dict. leg. 5. ff. de transfact. & dict. lib. 5. observat. cap. 36. & de hoc genere acceptilationis loquitur Jurisconsultus, in l. ultim. ff. de accept. nam obligationes, quæ aliis contractibus descendunt, si prius per stipulationem Aquilianam non noventur, acceptilatione non possunt tolli ipso jure, text. in l. cum emptor 5. ff. de resc. vend. ibi: Sed ut evidenter apparet, acceptilatio in hac causa non suâ naturâ, sed potestate conventionis valet, quod & sentit Osvaldus; & eo modo cum hac l. 5. componit text. in l. si convenerit 56. ff. de pact. in lib. 22. comment. Donel. cap. 4. liter. A. Ex quibus manifestè apparet rectissimè Jacobum Cujacium reprehendere alios; qui Modestini definitionem, in dict. leg. 1. ff. de acceptilat. ad omne genus acceptilationis extendunt, inter quos connumerò Donel. & Osvald.

d. lib. 16. comment. jur. civil. cap. 21. lit. E. Hoc deinde admonere volo, apud omnes certum esse acceptilationem omnem, cujuscumque generis sit, juris civilis esse, non juris gentium; ut ex his, quæ supra tradidimus, evidenter videtur apparere.

5 Unus tantum in jure locus reperitur, quo probari videtur, acceptilationem juris gentium esse: Ille est text. in l. an inutilis § ult. ff. de acceptil. ubi Jurisconsultus Ulpianus, postquam proposuit, & dissolvit alias quaestiones, in hæc prorumpit verba: Quia hoc jure utimur ut juris gentium sit acceptilatio: Et ideo potest & gratè posse acceptum fieri; dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet. Quibus in verbis, præterquam quod expressè videtur esse sententia Ulpiani in vers. quia hoc jure utimur etiam illatio illa ultimi vers. & ideo potest, summopere ipsam persuadet: Nam si eorum, quæ juris civilis sunt, non alia fuerunt verba legitima, quam vernacula, aut latina: ut constat ex testamentis, & decretis judicum, in quibus Exotica lingua ad no tum se d. permittitur: l. hac consuetissima 21. §. ultim. Codic. de testament. l. intores ultim. Codic. de testament. l. directas 14. Codic. de testament. manumiss. l. qui testamento 20. §. ultim. ff. qui testam. facere poss. l. decetera 8. ff. de rei vindicat. l. iudices 12. Cod. de sent. & interlocut. Paul. lib. 3. sent. tit. 4. sent. ex his. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princ. §. illat. 4. ibi: Verba enim græca hic opponimus legitimis: legitima verò non alia sunt, quam qua civilia dicuntur, l. verbis 7. ff. de vulg. & pupill. subdit l. directas 14. C. de testament. manum. D. D. Melchior de Valentia loco infra citando, idem Fab. d. tit. princ. §. illat. 1. Ea omnia, quæ aliis, quam latinis verbis apud Romanos concipi poterunt, necesse est, ut juri gentium tribuamus: Et ideo sine dubio fideicommissa semper poterunt relinqui quocumque sermone, quia jure naturali æstimabantur: l. fideicommissa 11 ff. de legat. 3. Ulpian in fragm. tit. 25. & in ipsis nulla verborum ratio habita fuit, cum ex sola voluntate penderent; & nota absque ulla verborum serie relinqui possunt. Ulpian. d. tit. 25. §. etiam 3. l. nunc 21. l. quisquis 95. ff. de legat. 3. l. fideicommissa 46. ff. de fideicommissar. libertat. l. cum proponebatur 64. ff. de legat. 2. l. heredes mei 57. §. ff. ad S. C. Trebell. l. cum virum 16. C. de fideicommiss. Idemque dicitur, fideicommissum græcè scriptum valere, legatum verò nisi latinè relictum non valere, idem Ulpian. d. tit. §. item græcè 9. vide Gothofredum in d. l. fideicommissa. Ergo & acceptilatio, quæ concipi potuit olim quibuscumque verbis, & in ea contrahenda non fuerunt necessaria legitima, & latina verba; juri gentium tribuenda esse videtur.

6 Supradicta Ulpiani verba: In dict. l. an inutilis §. §. ultim. ff. de ac. ept. variè apud varios Auctores videtur interpretata. Primus mihi displicet Gothofredus, qui in dict. §. verbo juris gentium ait, Acceptilatio est juris gentium consensu inspecto, quem habet l. 1. ff. locati; si verò spectamus solemnia verba, quibus ea perficitur, est juris civilis, l. penultim. in fin. ff. de solut. igitur origine juris gentium: Forma verò juris civilis est Acceptilatio: Nam hoc genere interpretationis nihil in toto jure est, quod juris gentium non sit: Quia nullus contractus valere potest (si modo contractus excipias, qui re perficiuntur) sine mutuo contrahentium consensu: l. in omnibus negotiis 57. ff. de obl. & act. Justæ nuptiæ, quas inter se solum cives Romani contrahere possunt princ. inst. de nuptis ratione consensu, qui solus nuptias facit, non concubitus: l. nuptias 30. ff. de regul. jur. Anton. Fab. in jurispr. Papin. princ. §. in princ. Etiam juris gentium exunt:

Hic certè tam longè supra interpretationem nihil inveniri poterit, quod sit juris civilis, quia nihil potest esse sine consensu. In stipulatione qua constituitur acceptilatio etiam consensus esse debet; tamen tota natura ejus in verbis consistit: l. 2. ut ratione consensus, si stipulatio inutilis sit ratione verborum, neque naturalis resulter obligatio: l. 1. §. si quis ita 2. ff. de verb. obligat. quæ præcisè nasci debebat, si ratione consensus stipulatio esset juris gentium, & etiam ratione originis. Idemque merito rejiciendus est modus hic interpretandi illa verba, quem etiam reprobatur eleganter Anton. Fab. d. tit. princ. §. illat. 1.

Aliam eorum verborum interpretationem adducit Anton. Fab. in supradict. loc. & princ. §. illat. 4. nempe quod iuris gentium sit Acceptilatio, minus propriè id dictum esse pro eo, quod dicitur Ulpianus voluit, hodie apud omnes gentes receptum esse usum Acceptilationis, sicut & stipulationis Cæterum prosequitur Faber. in d. illat. 4. non eo minus acceptilationem etiam hodie jus civilis esse: Quod idem ipse Ulpiani locus probat, cum post eam illationem: & ideo potest & gratè posse acceptum fieri, subjungat, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet. Hæc etiam ratiocinatio Fabri contraria est omnino verbis Ulpiani, qui affirmativè ait, quod ex eo, quod juris gentium sit acceptilatio, etiam apud Romanos græcè concipi possit: Illius verba sunt, quia hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio. Et quod ibi sequitur, dummodo sic fiat, vel latinis verbis solet, nihil pro Fabro facit, nam illa verba solum significant, & imperant, quod observetur in quocumque sermone stipulationis forma, quæ contrahitur ex interrogatione, & responsione verbali: Nam si verba non adessent, sive latina. sive græca, sive alia alterius regionis, deficeret stipulatio, quia ejus substantia à conceptione verborum penderet. Neque id, quod fuerit jure civili introducta acceptilatio, quicquam facit ad hoc, ut non possit esse juris gentium: Neque enim ei juri repugnat, ut ea, quæ specialiter in una civitate introducta sunt cum aliqua solemnitate, postea apud omnes gentes peræque recipiantur cum eadem formæ & solemnitatis observantia; & sic ex postfacto juris gentium fiant, ut apertius docebimus infra hoc cap. num. 9. & 10. & præcipuè num. 11. Cæterum ex his, quæ diximus supra, cognoscetur interim non esse sequendam Antonij Fabri sententiam asserentis in jurispr. Papin. tit. 2. princ. §. illat. 1. & tit. 8. princ. 1. illat. 1. illud dici propriè jus civile, quod unaquæque civitas sibi statuit, & nunquam fieri posse, ut juris gentium dici possit: Nam verius est juris gentium fundamentum proprium, & præcisum esse jus civile, & illud constari semper à jure civili.

Neque Borcholt. de verb. obligat. c. 1. n. 64. & alij rectè docent, illa Ulpiani verba non affirmare absolute acceptilationem esse juris gentium, sed à Consulco addita fuisse illa, Hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio, hisque verbis significari, acceptilationem reverè non naturale quoddam, aut gentium esse, sed civile; sed ex eo, quod hodie acceptilatione tolluntur non solum obligationes, quæ verbis contrahuntur; sed etiam alia quæcumque obligatio orta ex omnibus aliis contractibus, sive re, sive consensu, sive literis contractis, prius novatione facta per Aquilianam stipulationem l. Aquiliana 4. ff. de trans. idem acceptilationem quodammodo juris gentium esse dici affirmant; & hoc modo etiam explicat d. §. ult. doctissimus vir D. D. Melchior de Valentia lib. 2. illustrat. tract. 3. cap. 1. n. 41. Hæc illorum verborum intelligentia

gentia tolerari ex eo non potest, quod acceptilatio semper tollit obligationem verbis contractam; nam per stipulationem Aquilianam priores obligationes extinguuntur, & pro eis per novationem extinctis §. præterea 3. insit. quib. mod. tollit. obligat. insurgit obligatio verbis contracta, quæ sola postea tollitur per acceptilationem; §. est autem 2. insit. dict. tit. ibi: & ea per acceptilationem tollatur; ergo non potest dici acceptilationem esse juris gentium ex eo quod per eam extinguantur etiam obligationes, quæ ortæ sunt ex contractibus juris gentium, cum certissimum sit, illas non per acceptilationem, sed per novationem extingui; & solum illam obligationem verborum, quæ pro eis subsistit, per acceptilationem tolli.

9 Omittis horum omnium, & aliorum Doctorum interpretationibus, & præcipuè Guillem. Masij sammi ingeni doctores qui meo videri hæc in re minus subtiliter, quam in aliis solet, vires suas ostendit lib. 5. singul. opin. cap. 5. & DD. Melchioris de Valentia discretissimi viri qui feliciter in aliis jurisprudentiæ locis plurima juris recondita referavit, hæc tamen in re parom felicem se præbuit illustr. lib. 2. tract. 3. cap. 1. num. 36. & 41. dicimus expressam esse in dictis verbis mentem Ulpiani dicentis (quod & nos credimus) acceptilationem etiam apud ipsos Romanos esse juris gentium (audi patienter rationes, & lege absque supercilio usque ad finem hujus capituli fundamenta, quæ dabimus; et si postquam eas perceperis, parum prudentes tibi visæ fuerint, cum eis contemne etiam earum Authorem) & ex eo, quod juris gentium sit, deducit illam posse etiam apud Romanos concipi græcis verbis: nam ait, hoc jure utimur, quod juris gentium sit acceptilatio; & ideo potest, & gratè posse acceptum fieri. Ubi notandum est (quod & cap. seq. manifestus apparebit) illam dictionem ut non accipi pro adverbio, sed pro relativo: quæ est phrasia familiarissima apud Consules, quasi diceret: quia hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio; id est, quo juris gentium sit acceptilatio; non utimur hoc jure acceptilationis, sicut à nobis introducto, sed ut peræque ab omnibus gentibus admisso: si conferremus eam ut à nobis inventam, non poterat contrahi nisi latinis verbis, quæ sunt propria, & directa nostræ civitatis; sed quia illam exercemus apud nos moribus illis, quibus apud omnes recepta est, quibusque jam juris gentium facta est; idem etiam apud hos quocumque sermone contrahi acceptilatio potest. Itaque rectè Ulpianus ait, acceptilationis jus, quo hodie utuntur Romani, esse illud, quo omnes gentes æque eâ acceptilationem utuntur; ac per consequens apud Romanos etiam acceptilationem esse juris gentium; quia illam nunc habent, non ut à se inventam, tunc erat civilis, quo nondum transierat ad jus gentium; sed ut ab omnibus gentibus receptam: & postquam per universalem omnium gentium usum; in jus gentium translata fuit. Ulterius certum est, si Romani utuntur aliquo jure, quod juris gentium sit, dum tamen illo uti nolint, ut apud omnes recepto, sed ut specialiter suæ civitati applicato, addendo ei aliquibus, aut detrahendo, tunc illud fieri juris civilis: & ideo dicit Justinianus in §. jus autem 1. insit. de jur. natur. gent. & civil. & Gajus in l. omnes populi 9. ff. de just. & jur. jus civile fieri non solum ex legibus, & moribus, quibus singulæ civitates, aut populi reguntur; sed etiam quando communi omnium jure utuntur: idque significant in dictis juribus verba, partim suo proprio, partim communi omnium jure utuntur quod declaratur unico hoc exemplo. Maris, atque fœminæ conjunctio, quam non matrimonium appellamus, juris naturalis est princ. insit. de jur. na-

tur. gent. & civil. & quia in nuptiis contrahendis nihil requiritur præter consensum contrahentium l. cum fuerit 15. ff. de condit. & demonstrat. l. nuptias 30. ff. de regul. jur. nuptiæ juris gentium sunt; adeo, ut etiam inter Romanos ipsos etiam non observentur leges ad contrahendas justas nuptias destinatæ, dum tamen mutuus adsit consensus, nuptiæ non dicuntur invalidæ, sed injustæ: quia sunt secundum jus gentium nuptiæ, quæ secundum jus civile sunt injustæ nuptiæ. Itaque absque observantia legum nuptiæ contractæ, sunt utiles nuptiæ, licet non quoad producendam agnationem inter liberos postea susceptos, quia illa ex justis solum nuptiis oritur; tamen quoad cognationem, quæ secundum jus gentium ex quibuscumque licitis, & honestis nuptiis gignitur: l. non facile 4. §. cognationis 2. ff. de gradib. & affinit. l. cum hic status 32. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. quod Servius §. ff. de condit. cav. dat. cav. non sequit. l. sicum 22. §. ult. l. in insulam 42. §. 1. ff. de solut. matrim. l. nuptia 18. l. in liberta 24. l. si quis 27. l. si seniores 31. ff. de ritu nuptiar. l. hac conditio 10. ff. de condit. & demonstrat. l. de jure 37. §. ult. ff. ad mancipat. l. si quis 21. ff. de captiv. & posthum. revers. l. quæsitum 17. §. ult. in fin. ff. de reb. aut. judic. possidend. l. unica ff. unda vir. & uxor. tamen quia Romani non utuntur illo matrimonio apud omnes gentes æque recepto; sicut apud eas ex solo consensu, sed etiam ex observantia legum & morum Romanorum non sunt apud Romanos justæ nuptiæ, nisi solum illæ, quæ secundum præcepta legum eorum fuerunt contractæ princ. insit. & §. si adversus de nupt. l. filius 28. §. si quis 3. ff. de liber. & postum. quia postquam mores proprios adhibuerint; ex his, quæ juris gentium erant, propria jura civitatis constituerunt. Ergo à contrario, si Romani nolent uti jure; quod à principio illius civitatis fuit, quasi suo peculiari, sed quasi per usum communem facti juris gentium, tunc etiam apud eos illud erit juris gentium, non juris civilis. Itaque, cum Romani utuntur acceptilationem quasi jure gentium facta, non ut à se inventa; rectè dicitur, acceptilationem in civitate etiam Romana juris gentium esse, ut rectè docet Ulpianus in dictis verbis, quia hoc jure utimur ut juris gentium sit acceptilatio. Idem de stipulatione dicendum esse colligitur ex eo, quod etiam ea græcè contrahi possit apud Romanos, l. 1. §. ult. ff. de verb. obligat. argum. l. an inutilis §. §. ult. ff. de accept. vide quæ dicam infra hoc cap. num. 12. in fin.

Ex hoc loco tam aperto manifestissime apparet, 10 juri gentium inesse jus civile; id est, prius esse jus civile, & postea idem transferri in jus gentium; itaque nullum jus gentium esse posse, quin prius fuerit jus civile; dum tamen apud omnes gentes servetur usus ille, qui servabatur in ea civitate, qua illud jus prius stabilitum fuit, antequam ad omnes gentes transiret, & apud eas æque reciperetur; nam si usus alius sit, vel anteriorem usum originis excedens vel minvens; tunc fiet proprium jus illius civitatis, ubi additus fuit usus diminutior, vel auctior, ut ex l. 2. ff. de just. & jur. docuimus num. præced. Hoc ipsum probat Ciceronis locus lib. 3. de offic. his verbis: Itaque majores aliud jus gentium, aliud civile esse voluerunt; quod enim civile, non idem continet gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet, ubi aperte docet, omnis juris gentium fundamentum esse jus civile, & illud ab hoc constari eodem modo, quo totum colligitur ex singulis partibus. Nam quælibet gens, vel quælibet civitas pars est omnium gentium, neque aliunde constitutum est genus humanum, quam ex singulis sive hominibus, sive gentibus, sive populis; consequenter de-

ducitur, neque jus gentium aliunde constat esse, quam ex singularum civitatum, vel gentium jure: ergo certum est illud jus, quod nunc est omnium gentium, idem antea singularum fuisse: & idem fortassis Jurisconsultus Paulus in l. inter stipulantes 83. §. *facram. vers. & casum de verb. obligat.* prius de civili jure, & postea de naturali fecit mentionem volens inter utrumque jus, prioritatem & posterioritatem temporis observari in his verbis: *Et casum, adversamque fortunam spectari hominis liberi, neque civile, neque naturale est, idemque observatur apud Justinianum in princ. instit. de nupt. ibi: nam hoc fieri debere, & civile, & naturalis ratio suadet, & in §. 1. instit. & jur. nat. gent. & civil.* prius definiit jus civile quam gentium Modestinus etiam eundem ordinem ad documentum nostrum observat in *dist. l. non facile 4. §. cognationis 2. ff. de gradib. & affinib. ibi: cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur, nam quadam cognationes jure civili; quadam naturali connectuntur.* Et idem etiam ex contractibus juris gentium dicitur civiliter obligari, obligatio civilis; civilis actio ut in l. proinde 33. ff. de adil. edict. jure civili dari ex empto actionem l. in commodato 17. §. sicut 3. ff. commodati l. juris gentium 7. §. sed est 2. ff. de pact. l. 1. §. 1. l. naturalis 5. §. 1. 2. & alii l. insulam 6. l. si dominus 8 l. solet. 1 §. ff. de presc. verb. l. 1. ff. de estimat. act. l. Titius 8. ff. de res. vendit. & hæc ita dicuntur, quasi adhuc jus civile daret, seu juri gentium insit, postquam in jus gentium translatum fuit, quod & præsentisse videtur, licet non ita explicet Alberic. Gentil. ad tit. l. Julii. *Majestatis disp. 7. pag. mibi 134.* h. s. verbis: *Si est omnium civitatum jam est & juris gentium* qui id probat ex insigni Aristotelis loco 2. *Reithor.* Hoc tamen notandum est, jus quod gentium est, rard appellari jus civile; quia specialius, & proprius nominatur jus gentium, quam civile; ex eo, quod non solum civile est, sed etiam gentium; & eo ipso, quod jam factum est gentium perdit nomen civilis absolutum; licet quia inest jus civile juri gentium, aliquantulum illius nominis memoria servetur, in eo saltem, quod ex contractibus juris gentium obligatio, & actio civilis nasci dicatur. Ad quorum confirmationem poterit sumere exemplum elegantissimum ex his, quæ ad explicationem l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. dicemus infra lib. 3. cap. 7. num. 4. & 5. Ex quibus constat, rectam esse interpretationem, quam dedimus Ulpiani verbis; *quia hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio*; & acceptilationem, & stipulationem hoc sensu recte dici, juris gentium esse.

11 Ceterum ad perfectam horum, quæ diximus intelligentiam, notandum est ex definitione juris gentium à Justiniano relata in §. *jus autem civile 1. in fin. instit. de jur. natur. gent. & civ.* & à Gajo in l. omnes populi 9. ff. de just. & jur. jus gentium omnium gentium commune esse illud quod apud omnes naturalis ratio aded expressit, ut nulla gens sit, nec fuerit, quam non coegerit in unam juris communionem, & assensum. Hæc tamen ratio naturalis, quæ omnes gentes æquè persuasit, ad unum placitum, jus ab initio per se nec facit, nec facere potest, nec potuit; remanebat enim in puris terminis æquitatis, & ita æquitas tantum erat, non jus; l. 1. §. 1. ff. de doli mali & met. except. sed incepit postea jus esse tunc, quando æquitati illi usus & mores accesserunt: quod indicat Justinianus, & Gajus *dist. in loc. per hæc verba: vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur, quibus expresse docet, jus gentium vocari ex eo, quod gentes ad usum redoxerunt illam æquitatem, & antequam ei usus accesserit, non vocabatur jus gentium: hoc idem docet Imperator Justinianus ex-*

prelsè in §. *jus autem gentium 4. dist. tit. dum hæc scribit: Jus autem gentium omni humano generi commune est, nam ut exigente, & humanis necessitatibus gentes humane jura sibi constituerunt: bella etenim oria sunt, & captivitates sequuntur &c.* Ubi demonstrat, usum exegisse jus gentium: humanæ necessitates non sufficiebant per se ad faciendum jus gentium, nisi usus communis id confecerit; quod aperte ostendit Imperator, dum dicit usu exigente gentes humanas jura sibi constituerunt: alioquin nisi usus, & mores accessissent, non dicerentur jura apud omnes constituta fuisse. Quia in re nullus apertior locus reperiri potest, quàm *dist. §. jus autem civile*, ubi definiens jus gentium, illud esse (ait) *quod ratio naturalis inter omnes homines constituit.* Quibus verbis ostendit rationem naturalem per se non esse jus naturalem, sed illud quod constituit ratio naturalis, quod est quicquam aditum rationi naturali, & æquitati *dist. l. 1. §. 1. de dol. mal. & met. except.* Hoc probatur exemplo: naturalis obligatio non potest dici obligatio, dum non parit actionem, & ut eam producat, ei dedit jus gentium vel civile, postquam usus gentium, vel alicujus civitatis id egerit, ut conveniretur propter obligationem: nam antea illa obligatio naturalis nihil nisi nuda æquitas, vel nuda factum erat: *l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur. ibi: obligationes insunt quod & probat Ulpian. in l. nec servus 4. ff. de cond. indeb. ubi neque servus quidquam debere potest, inquit, neque servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile obligationem referimus.* idem docet Javolenus in l. quibus 40. §. dominus 3. ff. de cond. & demonstr. I. aque vel nullum jus est, vel si aliquod est, aut civile est, aut gentium: eodem modo, quo obligatio vel nulla est, vel si aliqua est, aut est civilis, aut juris gentium; quia nulli alij juri usus, & mores, vel omnium gentium; vel singularum accesserunt, nisi juri civili, vel gentium. Et ex his facile percipiet quàm falsa sit Vaconij sententia l. 5. *declarat. 67.* asserentis, quod obligatio naturalis jure gentium actionem producebat id enim de nuda obligatione naturali falsum est: de ea verò cui mores accesserunt, non est verum dicere, quod producebat, quia etiam nunc producit. Unde, cum usus illius dictaminis rationis naturalis, quæ æquè apud omnes gentes suadebat unam juris constitutionem participationem, non potuisset incipi æqualiter, & in eodem instanti apud omnes gentes, sed incepit in uno loco, vel apud aliquas; postea transferabatur ad alias, & deinde ad universos homines; necessariò fatendum est, antequam ab omnibus reciperetur, illum usum fuisse specialem alicujus civitatis singularis, sive gentium singularum, sive hominum, à quibus incepit: & per consequens prius fuisse jus civile, antequam efficaretur jus gentium: & nullum jus gentium esse, quod prius non fuerit civile.

12 Secum videtur obitare Hermogenianus in *dist. l. ex hoc jure in fin. ff. de just. & jur.* & nobiscum pugnam inire, dum dicit obligationes, quæ ex jure gentium introductæ sunt, non potuisse introduci à jure civili: & idem non ait, jura belli, contractus, & cætera recepisse jus gentium ab alio jure, sed à se introducta fuisse: hæc sunt Jurisconsulti verba, *Ex hoc jure gentium introducta bella, discordia gentes, regna condita, dominia distincta, agris terminis positis adficia collocata, commercium, emptiones, & venditiones, locationes, conditiones, obligationes insunt: exceptis quibusdam, quæ à jure civili introductæ sunt.* quibus verbis præterquam quod à jure gentium introducta fuisse superiora Consultus dicit; in fine textus addit: *Exceptis quibusdam, quæ à jure civili introductæ sunt.* Itaque

que distinctionem facit inter introducta à jure gentium, & introducta à jure civili: ergo jus gentium per se constituit jura independentè à jure civili. Hæc tamen difficultati facile satisfaciet, qui nostram, quam supra dedimus doctrinam, dextè tenuerit: itaque dicendum est in dicto textu Hermogenianum non dubitasse de modo, quo constituitur jus gentium, & illud sic constitui, ut nos explicavimus; sed tantum docet, factum fuisse à jure gentium, ut illa jura à singulis, sive hominibus, sive civitatibus introducta, ab omnibus gentibus, reciperentur; bella universaliter exercerentur: & hoc à jure gentium introductam fuisse rectè Consultus affirmat; non tamen negat, illa antequam apud universos licerent, usitata prius fuisse apud aliquas, sive civitates, sive gentes. Uti. ius: quia non potest facile discerni à qua civitate prius introductum fuit jus illud, quod jura translatum fuit in jus gentium, & nomen juris civilis amissit eo ipso, quod factum fuit generalius jus, suscepto nomine gentium, idè dicitur superiora, scilicet jura, bella, obligationes, &c. introducta fuisse à jure gentium, quia nominis juris civilis obliviscitur in his rebus, quas jam generali usu juri gentium tribuimus. Non tamen ex eo minus verum est, jura, bella, obligationes &c. prius in aliqua civitate, seu apud aliquas gentes incepisse, antequam usus eorum ad universos homines extenderetur: quia per naturam impossibile videtur, ut unus rei usus apud omnes gentes simul uno, eodemque tempore exerceri inciperet: Quod unum sufficit ad hoc, ut verè dici possit cum Cicerone *dist. in juri gentium* inesse jus civile, & quod gentium est, idem civile, esse debere. Tamen, quia specialius, & magis propriè dicitur jus gentium quàm civile, illud quod non solum est civile, sed etiam gentium, ut diximus *super. num. idè introductio eorum, quæ enumerantur in dist. l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur.* juri gentium tribuitur, non civili. Neque Hermogeniani ultima verba, nempe *exceptis quibusdam quæ à jure civili introducta sunt.* quidquam contra facere possunt, nam illa intelligi debent de his, quæ à jure civili Romanorum inventa, semper prævaluerunt ut civilia, & nunquam facta fuerunt juris gentium: quod Cicero ostendit *dist. loc.* in his verbis: *Quod enim civile, non idem continet gentium.* Denique, etiam illa verba possunt interpretari dicendo quod illæ obligationes, licet effectæ fuerint juris gentium, ut de acceptilatione, & stipulatione diximus supra hoc cap. num. 9. adhuc tribuantur juri civili propter excellentiam civitatis Romanæ à qua originem sumpserunt, quia sola illa meruit, ut absolute dicendo jus civile, Romanorum intelligeretur §. *jus quidem 3. instit. de jur. natur. gent. & civil.* qua de causa, ut constaret à qua originem habuissent, dicantur juris civilis esse.

13 Difficiliores explicatus habet Jurisconsultus Gajus in l. 1. ff. de acquir. rer. domin. & Imperator Justinianus in §. *singularum 11. instit. de rerum divis.* quibus in locis dicitur, jus gentium cum ipso genere humano proditum fuisse, illudque jure civi venustius esse. Ita Justin. *palam est autem, venustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia autem jura tunc esse cœperunt, cum & civitates eodè, & magistratus creari, & leges scribi cœperunt.* Ergo juri gentium non inest civile, cum jus gentium multò ante, quàm civilia inciperent, proditum fuisse ab Imperatore affirmetur. His tamen non obstantibus firmissima manet sententia nostra. Nequa Jurisconsultus Gajus nobis contrarius est, nam in *dist. l. loquitur de acquisiti nibus, quibus cives Romani ac-*

14 *quidam rerum dominium nascuntur jure gentium & paulò post: quarundam jure civili, id est jure proprio civitatis nostræ: & hoc ita statuit, ut constanter teneat id, quod in l. omnes populi 9. ff. de just. & jur. docuerat: puta, omnes civitates ad suam juris utilitatem uti partim suo proprio, partim communi omnium jure: quod & Justinianus subiunxit in §. & populus 2. instit. de jur. natur. gent. & civil.* Itaque cum iter cæteras gentes jus gentium civibus etiam Romanis commune sit. l. *ex hoc jure 5. & seq. ff. de just. & jur. ægid. Hortens. in §. omnium autem 1. instit. de obligat.* Inde est, quod respectu juris civilis, quo utuntur Romani, dicatur jus gentium vetustius esse, quia cum ipso genere humano constitutum est: de modo tamen constituendi juris gentium nihil, quod nobis obstat, videtur deinceps. Ergo solus est Justinianus, qui transcribendo hunc locum Gai ad *dist. §. singularum*, ita eum confundit, ut vix absque juris à Gajo descendens prævaricatione possit explicari: itaque si ille §. *singularum* explicandus est ex *dist. l. 1. unde sumptus est, illa prima verba singularum autem hominum* intelligenda sunt hominum, qui cives Romani sunt: de his enim solis loquitur Gajus, ut diximus quasi diceret, Romanorum hominum res fieri dupliciter: primùm jure naturali, eodem quo gentium, ut inter singulos cujuscumque civitatis totius orbis homines: deinde proprio ipsorum jure, id est, civili jure Quiritium: & hoc ita sensisse Justinianum facile credimus, & ex ipso facile colligitur, cum hoc idem statuens in *dist. §. & populus* in fine ait: *Quæ singula qualia sunt, suis locis proponemus quibus hunc §. singularum intelligit: quo in §. illa nimia latitudo vocis hominum, ex ipso Justiniano, ut dixi, restringi debet ad solos cives Romanos: hæc non malè inter se concordant.*

Quod sequitur apud Justinianum in *dist. §. vers. 14. palam* durius esse videtur, & explicatu difficilior, dum ex eo, quod civilia jura tunc esse cœpissent, cum & civitates condi, & Magistratus creari, & leges scribi cœperunt, deducat vetustius esse jus gentium, quod ibi naturale jus appellat: nam certum est, non statim jus civile cœpisse, imò neque jus gentium, quod cum ipso genere humano rerum naturam prodidit testatur, ante proditum fuit, quàm civitates condi, & Magistratus creari cœperunt: homines enim dum statim à creatione generis humani dissociati vagabantur & nullam inter se societatis participationem haberent Alciat in *orat. Avianone habitus* neque juris, communitio apud eos esse potuit. Lactant. Firm. lib. 6. *divin. inst. cap. 10.* nunquam enim singulis hominibus jus factum, aut dictum est, sed universis, & civitatibus, in quibus & Magistratus continuo creari esse cœperunt, qui jus dicerent, atque exequerentur. Et licet Gajus dicat, in *dist. l. 1. ff. de acquir. rer. dom.* cum ipso genere humano proditum fuisse jus gentium, hoc idè dicit, quasi jus temporis à creatione generis humani usque ad id tempus, quo populariter vivere homines cœperunt, & Magistratus creari sunt, quasi perexigui, & brevis habenda ratio aded expressa apud omnes fuit, ut æqualiter omnibus dictaverit necessarium fore ejus usum, neque diu posse eo carere ullas gentes, aut populos; sequitur id jus statim ubique simul cum ipso genere humano proditum fuisse, & usu exigente stabilitum posse jus, gentium fieri, antequam per usum alicujus civitatis, aut gentium specialium prius introductum fuisset jus, quod postea ad omnes gentes extenderetur: ergo absque recta ratione Justinianus jus gentium vetustius facit ex eo, quod civile jus cœpisset eo tempore, quo civitates condi, & Magistratus creari cœperunt

perunt; cum non possit jus gentium antea esse, ut docuimus supra hoc cap. 11. His non minora absurda sequuntur ex Iuliano.

15 Prudentius tamen fiet, si modestè ut tantum Principem deceat, cum in dict. §. si quorum explicemus potius, quam reprehendamus. Itaque dicendum est, jus naturale secundum quod sumitur pro nuda æquitate, ut diximus num. 11. (quo modo communiter, ut apud Betoldum lib. 1. p. 10. c. 6. creditur fieri jus naturale, & gentium) antiquius esse jure civili; secundum vero, quod sumitur pro constituto jure per usum commune omnium gentium, non esse vetustius jure civili, & idè in dict. §. Iulianus jus gentium appellat jus naturale (quod & nunquam faciam Iuriscōsulti) ut demonstrat per jus gentium à naturali ratione recessum non esse, neque per jus gentium derogatum fuisse juri naturali, hoc est, æquitati naturali; sed ei & mores, & usus gentium accessisse, quibus sibi induit nomen juris gentium. Quod non intellexit Betold. dict. loc. neque alius ullus in erpres qui jus gentium in primarium, & secundarium parum perite dividerunt, Quod probat elegantissimè Tryphonius in l. bona fides 3. ff. de positi. ubi postquam statuisse, quod bona fide, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desideret, quærit, an hæc æquitas æstimanda sit ex iure gentium, an verò ex iplo in quantum illud comitatur præcepta civilia & prætoria; & respondit, illud æstimandum fore ex præceptis civilibus, quæ ipsum comitantur: qui textus etiam expressè probat, non esse merum jus gentium, cui non inrit jus civile, cum jus gentium non æstimetur nisi in quantum ei usus ex præceptis civilibus accessit idem probat etiam Paulus in l. 1. ff. de acq. in l. postliminiam 19. ff. de capite. & postlim. revers. dict. l. 1. ff. de acq. ver. domin. facit text. in l. si se non obtulit 4. §. si ex conventionne 4. ff. de re judic. ibi: quippe cum accesserit aliquid rei iudicata, non sit à re iudicata recessum. text. in l. is cui 11. ff. quæritur. servit. amittant ibi: magis que hic plus, quam aliud egisse videtur; l. 1. §. ult. in fin. ff. de furt. §. 2. in fin. de obli. que ex delict. nascitur.

16 Ex his videtur rectè explicata fuisse, prout sonant: verba illa, quia hoc jure utimur, ut jus gentium sit acceptilatio: l. an inutilis §. 8. ult. ff. de acceptilat. ac per consequens ex eorum interpretatione rectam fuisse nostram sententiam, qua affirmavimus nullum esse jus gentium, cujus initium, & fundamentum non fuerit in iure civili propter necessitatem ordinis rerum naturæ, qua dispositum fuit, ut nullum possit esse commune jus, quin prius fuerit singulorum, sive hominum, sive civitatum. Deique, qui cætera dict. §. ult. percipere voluerit, videat singulari ingenio, & felicitate doctrinæ præditum DD. Martinum de Larreacqui lib. 8. selectar. jur. civil. disputat. cap. 1.

CAPUT III.

Explicatur egregiè text. in l. si creditor. 7. §. ult. ff. de distract. pignor.

- 1 Difficultas textus ex vario Doctorum sensu demonstratur. Antonius Faber pacto impediri posse debitorem, ne rem suam pignoratam vendat, affirmat. Aliorum alia sententia refertur, & non probantur. 2 Antonius Faber summam sententiam, & alias aliorum refutat.

Antonius Faber dict. l. verba, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur, Triboniano tribuit.

Ipsæ Faber, Bartolom, & Baldum reprehendit. D. nelli alia emendatio superiorum verborum traditur.

3 Non obstante pactione de non alienando pignus vendi potest tam à debitore, quam à creditore.

Creditor non obstante illa pactione dominium rei vendita transfert in emptorem.

Ipsa pignoris datio est species quædam venditionis.

Obligaciones qua pendet ex mero debitoris arbitrio nulle sunt.

4 Creditor vendere potest pignus ex pacto alienandi interposito, & etiam absque pacto.

Imò & si ponatur pactione, ne creditor vendat pignus, potest vendere, & quare?

Nulla est obligatio, ubi quis non adstringitur necessitate ad id, quod convenit.

5 Nemo acciscendo sibi potestatem alienandi rem suam auferre potest.

Rei sua quilibet moderator, & arbiter est.

Privatis pactionibus neque adimmi, neque minui potest libertas conjugumque.

Aliud est dominium dicere legem rei sue, aliud dicere sibi.

Libertatem testandi nemo sibi constringere potest.

6 Testator potest prohibere alienationem rei sue, & quare?

Etiam potest prohibere usufructus constitutionem & oppignorationem

Summa differentia est inter testatoris, & contractantis voluntatem.

Lex est rerum omnium, & personarum regina.

Lex dominij transpositionem prohibere potest.

Pactio contrahentium dominij translationem impedire nequit.

Text. in l. pen. ff. de pact. explicatur remissivè.

Alienatio rei pignorate sit salvo jure pignoris.

Pignoris causa neque usucapione perimitur.

7 Integra servatur scriptura dict. l. 7 §. fin. ff. de distract. pignor.

In dict. §. v. e. bum ut sumitur pro relativo, non pro adverbio.

Varia exempla ex variis legibus adducuntur.

Plinij, & Ciceronis loca ad præbandum illum sensum afferuntur.

8 Superioribus obstat text. in l. 4. ff. de pign. act.

Ejus verba referuntur, & difficultas proponitur.

9 Non potest haberi pro pignore quod nullam creditori affert utilitatem.

In quo consistat tota utilitas pignoris docetur.

Pecunia non ex re, sed ex negotiatione percipitur.

Ex re pignoratam non potest elici pecunia & quare?

Implicat, quod pignus valeat, & quod vendi non possit.

Venditio pignoris ex jure publico est, & quare? Plerumque plus cautionis est in re, quam in persona.

Juri publico privatorum cautiones non possunt derogare.

Quid sit contractus anticretivus, traditur.

An in anticretesi prohiberi possit venditio pignoris? 10 An conventio de non distrahendo aliquid operetur.

Hic

Hic textus omnibus Interpretibus adè difficilis fuit, ut vix quisquam inveniri possit, qui circa eius explicationem vitium aliquod parum rectæ jurisprudentiæ non pariat; ut vel distorquendo sententiam veram si lectionem hujus §. integram retinere velit; vel emendando contexturam §. si rectam sententiam circa rei pignoratæ alienationem velit observare, & sustinere. Præter antiquiores Interpretes Anton. Faber est, qui de error. pragmat. 6. err. 4. num. 4. docuit. Ita pactionem in contrahendo pignore interponi posse inter creditorem & venditorem; scilicet, ne creditor liceat hypothecam vendere; & quod tunc si creditor illam vendat jure pignoris nulla sit tã venditio, quia prævalet pactio contrahentium dict. actioni debitoris, seu creditoris. Quam sententiam quantum ad debitorem attinet, ait probati ex Ulpiano in dict. l. si creditor 7. §. ult. de distract. pignor. in illis verbis expressis: Nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Qui quidem Faber iustissimè reprehendit Baldum pro nullam legentem ullam: nam si alienationem à domino factam rectam haberi facit illud, quod nihil sit tam convenientius naturali rationi, & æquitati, quam voluntas domini rem suam in alium transferre volentis, ut rata habeatur: l. qua ratione 9. l. nunquam 3. ff. de acq. ver. d. n. l. r. s. ex mandato l. ben. ff. de iud. l. licet 47. ff. de rei vindic. l. non usque adeo 2. ff. si à parent. qui manum sit l. neque emere 16. C. de jur. deliber. l. sicut 5. C. de oblig. & actio. idem Anton. Faber in jurispr. Papin. tit. 1. v. rim. 2. in prin. & princ. 7. illat. 1. tituli v. in. principio 2. in principio & illat. 1. & lib. 8. consuet. cap. 16. Do ncl. lib. 4. comment. jur. civ. cap. 16. Consequens est. Ut qui propriâ conventionne alienandi facultatem sibi peremptam esse voluit, alienare postea non possit invito creditore, qui jus pignoris in ipsa re habet, licet jus ipsum pignoris, si pactione de non alienando nulla accessisset, non sufficeret ad impediendum, quo minus salvo pignoris jure distrahi res posset. Hunc etiam sententiam fecere distinctionis componere intendunt Gothofredus in dict. §. ult. Coler. de pro. execut. part. 1. cap. 10. num. 15. & leg. & dicunt, quod regulariter sit rata omnis alienatio non obstante pactione, ne alienetur; hoc tamen secus esse, si pactum de non distrahendo pignore adiciatur contractui pignoris, quia tunc venditio sit ipso jure inrita propter reservationem juris realis in bonis debitoris: sic Coler. Eandem sententiam quadere videtur Anton. Gomez in l. 40. tauri num. 18. quem & proximè enumeratos sequitur Osiwaldus, licet dubitans de veritate sententiæ. lib. 9. comment. Donel. cap. 10. liter. M. Postea verò Antonius Faber suam, & superiorum Doctorum sententiam impugnat in locis postea citandis & rationibus ab ipso adductis, & inferius à nobis adducendis.

2 Ipse Antonius Faber, cui brevi tempore merito displicuit superior sententia. de error. pragmat. 12. error. 1. num. 5. aut, proferus odiosam, & omnino ridiculam esse quætionem, an valeat pactione inter debitorem, & creditorem hypothecarium facta, ne liceat debitori vendere hypothecam, quasi nullius effectus ea pactione sit? & ita illam quætionem, & decisionem dict. §. ult. suspectam sibi videri, & Triboniano digniore, quam Iuriscōsulto, eaque de causa illum emendat. de error. 2. in fin. quem iterum Triboniano tribuit error. 4. Quibus in locis F. bro contingit alterum ex duobus vitiis: quæ num. præced. noravi, scilicet ut rectam sententiam amplectens circa alienationem rei oppignoratæ quando pactione in pignore contrahendo apposta sit, ne liceat debitori hypothecam vendere, textum rejiciat quasi spurium à pruden-

tium responsis; de crimine Tribonianum arguat, Bartolum reprehendat, Bald accuset; hunc, quia pro nullam, reponit illam quia juri repugnantem sententiam fuerat amplexus, ut sine mutatione verborum dictum Martiani illi sum conservaret. Eodem etiã modo Donellus, licet docuerit, non obstante pactione, venditionem pignoris valere, tamen alterutrius criminis reus existit; cum apud Osiwald. dict. loc. & ipse in l. si ita 135. ea lege 3. ff. de verb. obligat. à num. 2. usque ad num. 10 illa ultima verba dict. l. 7. §. ult. ff. de distract. pignor. p. quæ, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur, sic transpositis vocibus legenda esse doceat, nullam esse pactionem, ut venditio stetur, & passim apud interpretes reperitur unum de duobus istis vitiis, vel sententiæ improbæ, vel emendationis contexturæ.

Nos tamen ut illum §. sine mutatione verborum, cum recto sensu, & observantiã verioris opinionis explicemus, prius statimus conclusionem veram, quæ talis est: Si venditio rei pignoratæ facta per creditorem jure pignoris, vel per debitore jure dominij, etiã si in contrahendo pignore apposta fuerit pactione, ne liceat creditore, vel debitori hypotheca vendere: prius de creditore, cui pactione hæc apponitur differendum est. Itaq; certum est: quod etiam creditor pignoratitius rei oppignoratæ dominus non sit, tamen pignus vendere, & dominium ejus in emptorem transferre possit §. contra autem creditor 1. i. i. tit. quibus alienat. rei non l. non sit novum 46. ff. de acq. ver. domin. l. 1. & 2. C. debitor. vend. pign. impedit. non poss. l. qui fundum 8. §. ult. ff. de legat. 2. facit text. in l. filius fami 114. §. divi Severus, & Antoninus 14. ff. de legat. 1. Cujac. lib. 9. respons. Papin. in dict. l. qui fundum §. ult. text. in l. creditor 4. ff. de pignora, dict. & ibi Cu. ac. li. 3. respons. Papin. Anton. Fab. de error. pragmat. 1. err. 5. num. 2. Osiwald. lib. 20. comment. Donel. cap. 8. liter. R. DD. Martin. de Larreacqui lib. 1. selectar. jur. civil. disputat. cap. 7. num. 1. Nam ea est per se pignoris natura, ut nisi debitor solverit quod debet, creditori liceat pignus vendere eo colore, quasi & debitor illud jam vendidisset, cura pignori daret; quia pignoris datio est species quædam venditionis: l. creditor 3. §. 1. ff. de distract. pignor. alioquin enim nulla, & inanis esset pignoratitia obligatio, sicut alia forent, sive illæ essent in rem, sive in personam, quæ ex mero debitoris arbitrio penderent: l. hac venditio 7. ff. de contrah. empt. l. sub hac conditio 8. ff. de oblig. & act. l. stipulatio 17. l. Titio 108. §. ff. de verb. obligat. Anton. Fab. lib. 8. consuet. cap. 15. Ioan. Borcholt. de verb. obligat. cap. 6. num. 76. & seq. Osiwald. lib. 11. comment. Donel. cap. 1. liter. Q. & seq. Donel. lib. 8. comment. jur. civil. capite 15. & ibi Osiwald. liter. K. idem Donel. lib. 12. comment. cap. 7. in fin. Cujac. li. 7. quest. Papin. in l. servitute 4. ff. de servit.

Ethec adè vera sunt, ut creditori non solum liceat vendere pignus tunc; quando specialiter convenit, ut possit vendere, sicut in l. de accessionibus 14. §. ult. ff. de divers. temporal. prescript. sed etiam si non convenit, ut vendere possit, sed solum pignus simpliciter constitutum fuit, nulla circa ejus alienationem interposita creditori per pactum vendendi potestare: l. er. d. tor 12. §. ult. ff. qui potior. in pign. habent. Imò (quod amplius est) poterit creditor vendere hypothecam, etiam si specialiter, & expressè interposita fuerit pactione, ne liceat ei illam vendere; quia hoc pactum ex diametro opponitur naturæ pignoris, quod omnino venditioni, aut alienationi simile est usque ad finem debitiæ quantitatis dict. l. creditor 3. §. 1. ff. de distract. pignor. l. sicut re 8. §. an pacifici 7. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. Si enim aliter jus staretur circa pignoris alienationem; id est, si creditori non obstante

obstante pacto vendere pignus non liceret, perinde contingeret, ac si obligatus esset debitor sub illa lege, ne unquam creditor ageret contra eum: Quod non solum naturæ pignoris repugnat, sed etiam à consuetudine alterius obligationis forma abhorret: Obligatio siquidem nulla est, ubi quis non adstringitur necessitate aliquid dandi, vel faciendi, præ c. in fine de oblig. l. contractus § 4. ff. de oblig. & act. l. in vendit. § 1. ff. de contr. empt. d. l. sub hac conditione ff. de oblig. & act. l. centesimis. 46. §. ult. ff. de verb. oblig. l. senatus 41. §. legatum 1. ff. de legat. 1. & inuile est omnino genus, quod distrahi non potest: l. 4. de pignor. act. l. 1. & 3. Codic. si antiq. c. e lit. pignor. veniat. l. qui prædium 13. & passim. Codic. de distract. pignor. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 12. princ. 7. illat. 87. Ergo etiam si pactum de non distrahendo pignore interponitur, illud poterit creditor vendere, & venditio recta erit.

5 Nunc de debitore discutendum est: Itaque pro regula certa suppono, quod nemo pacificando elicere potest, ne sibi liceat rem suam, quæ sua manet invito vicino, aut alio quolibet, alienare l. pen. ff. de pact. non magis quam, ut ne dominus maneat rei suæ, quamdiu eam non alienavit aliquo ex his modis legitimis, quibus alienari, & transferri dominium rei propriæ posse placuit: l. si quis vi 17 §. differentiæ 1. ff. de acquir. poss. Anton. Fab. in jurisprudent. Papin. tit. 5. princ. 2. illat. 6. In eo liquidum elucet maxime vis & potestas dominij, ut eam rem, cujus quis dominus est, alienare pro arbitrio possit, & de ea quolibet alio modo disponere, l. non nisi 2. ff. si a parent. quis manum. sit l. in re mandata 21. Codic. mandati. ut idem Faber docet de error. pragmat. decis. 87. error. 2. & in jurisprudent. Papin. tit. 3. princ. 2. in princ. & illat. 1. tit. 5. princ. 1. illat. 7. tit. 12. princ. 3. illat. 8. ita suadente ac favente ipsa naturali ratione, cui nihil tam conveniens esse videtur, quam voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, ratam haberit: qua ratione §. hæc quoque res 3. ff. de acquir. rer. dom. §. per traditionem insit de ver. divif. Neque obstat, si dicas ex infinita illa libertate, quam damus domino, inferri æquè permitendum esse ipsi, eam si velit, legem sibi dicere, ne rem suam alienare postea unquam possit; nam hoc imper negandum est, quia non est liberum domino quam velit legem rei suæ dicere esset namque libertatis amissio potius, quam retentio: Quod privatis pactionibus fieri non potest, argum. text. in l. libertas §. Codic. de liberal. cau. Longèque aliud est, dominum dicere legem rei suæ aliud sibi; rei suæ, quid vult dicere dominus potest: l. 12. & passim ff. de serv. exportand. l. cum pater 77 §. libertatis 37. ff. de legat. 2. ubi verò non potest. Sicuti dici solet de suprema testatoris voluntate esse illam plenè liberam, & ex libero testatoris arbitrio pendente: ut Imperator Constantinus eleganter docet: in l. 1. Codic. de Sacrament. eccles. ibi: Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut suprema voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit styus, & licitum quod iterum non reddit arbitrium: Sed tamen fieri nullo modo potest, ut eam sibi testator legem dicat, ne à priori sua voluntate possit recedere: l. si quis 22. ff. de legat. 3. Osuvald. lib. 8. comment. Donel. c. 4. liter. E, & lib. 18. c. 17. liter. A. Ratio est, quia hoc non esset libertatem testandi exercere, sed contingere Quod fieri nulla arte potest: l. cum duobus §. 1. alias l. si fratres §. idem respondit societatem §. ff. pro socio l. pactum quod dotale §. 1. de pact.

6 Neque his obstat dicere, quod omnes admittunt, & verum est, posse alienationem rei suæ à testato-

re prohiberi; eoque casu non solum impediri alienationem, sed etiam usufructus constitutionem, & pignoris obligationem: l. sanctius ultim. Cod. de reb. alien. non alien. l. is quidem 2. Cod. qui non poss. ad liberrat. permen. leg. is qui 4. §. in illis 9 ff. de manumiss. dicit. leg. filiusfamilias 114. §. divi 14. ff. de legat. 1. l. e. pater 38. §. Julius Agrippa 4. Digestis de legat. 3. Anton. Fab. in jurisprudent. Papin. tit. 3. princ. 2. illat. 6. tit. 4. princ. 1. in princ. tit. 5. princ. 1. illat. 3. tit. 6. princ. 1. illat. 1. & tit. 12. princ. 3. in princ. & illat. 9. Donel. & Osuvald. lib. 9. comment. jur. civil. cap. 10. passim. & cap. 12. Nam eo casu testator, & qui contrahit, quando rem, quæ futura est hæredis, vel legatarij, vel contrahentis, alienare vetat, rei suæ legem dicit, non sibi ipsi, sed hæredi, vel ei, ad quem alioquin res illa perventura erat cum libera alienandi potestate. Et hoc evidenter probatur ex eo, quod idem testator non eo minus rem illam, quam distrahere vetuit, potest postea quancumque alienare: l. Lucius 40. §. 1. ff. de fideicommiss. libertat. ibi: Quia non sibi legem dixisset, sed legatario facit text. in l. quod autem §. §. uxori 8. in fin. ff. de donat. inter virum & uxorem, lege 2. & 3. Digestis de leg. commiss. Ulterius, observari debet multum interesse inter, voluntatem testantis, & voluntatem contrahentis: Nam voluntas testantis lex est: Novell. 22. cap. 2. vers. disponat. verbis legis 12. o. ff. de verb. signif. DD. Martin de Lateateat. qui lib. 1 §. selector. jur. civil. disputat. cap. 5. num. 7. Voluntas verò contrahentis nequitiam: l. penultim. ff. de suis & legitim. hæredit. Itaque cum lex sit rerum omnium, & personarum, quæ in republica sunt, domina, ac regina: l. 1. & 1. ff. de legib. dubitandum non est, quin sicuti ipsa sola dominium transferre potest tanquam unus, & sique præcipuus modus transferendæ jure Quiritium dominium, ut ait Ulpianus in fragm. tit. 19. ita & dominij alienationem prohibere, ac impedire potest: Quod voluntas, & pactio contrahentium facere nullo modo potest, & d. l. penult. ff. de pact. de qua, & de eo, qui rem suam tradit cum pacto de non alienando, & de pluribus aliis, quæ ad nostrum propositum pertinent, eleganter scripta vide apud Antonium Fabrum dict. decis. 87. error. 2. & 6. & licet ea impugnet tenet Bachou. in exercitation. ad chliad. Anton. Fab. chliad. decis. 87. error. 1. nihil ex his quæ ibi scribit dicere poteris, eum verè à loqui. Ergo etiam circa debitorè pignoratitium nihil operabitur, pactio, ne liceat ei hypothecam vendere, cum ea non obstante propter dictas rationes liberum sit ei rem pignoratam alienare ex eo, quod pignoris causa semper præcipue manet apud eum, in quem alienatum fuit pignus: Illa enim alienatio fit cum sua causa, & salvo jure pignoris: l. prædium 13. Codic. de distract. pignor. l. debitorem 15. Codic. de pignor. l. unica Cod. rem alien. gerent. non interd. ver. suar. admist. l. alienatio 67. ff. de contrab. empt. aded, ut neque usucapione perimatur pignoris jus: l. 1. §. 2. ff. de pignor. ubi redditur ratio: l. usucapio 7. Codic. eodem tit. l. iusto errore §. 4. §. non mutat. §. ff. de usucap. Cuiac. lib. 11. respons. Papin. in dist. l. 1. §. 2. Anton. Fab. in jurisprudent. Papin. tit. 6. princ. 5. illat. 3. & in ratiocin. ad leg. si comment. 4. ff. de pignorat. act. l. de error. pragmat. decis. 87. error. 3. Quibus cognoscitur, novissè Falli Ioan. Jacobum Uvillenbachium, dum in disputatiombus juris civilis disp. 1 §. 221. contrarium tenet motus ex dict. leg. 7. §. ultim. de distract. pignor. cujus mens diversissima est ut ex sequentibus apparebit.

Pro creditore, simulque debitore pignoratitio in præce

præcedentibus fecimus satis: Nunc restat videri, quomodo eum his, quæ circa debitorem diximus, confociari possint verba ista, l. si creditor 7. §. ultim. ff. de distract. pignor. quæ tantum negotium faciunt circa hanc questionem, & quæ ferè omnes interpretes hucusque præcipites egerunt; ita ut unum de duobus vitiis, quæ nunc i. hui. cap. retulimus, effugere non poterint, Tamen Maritanus ibidem; idem, quod nos docuimus, vult circa debitorem pignoratitium: puta, quod non obstante pactio de non alienanda re pignorata, possit illam vendere salvo pignore juris: hæcque est ejus sententia in illis verbis, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur, id est, nullam hujusmodi inventri posse venditionem, in qua pactioni standum sit, & non venditioni. Quo in loco verbum ut sumitur pro relativo, non pro adverbio, vel pro ita ne, similibus, ut obiter demonstravimus in cap. super num. 9. circa explicationem text. in l. an inutilis §. §. ult. ff. de acceptilat. Itaque verba superiora sunt intelligenda sic nullam esse venditionem, ut pactioni stetur, id est qua pactioni stetur. Phrasis enim satis vulgaris est apud Jurisconsultos sumere verbum ut pro relativo: hujus rei testimonium nobis perhibet idem Martianus, qui in l. ejusdem 3. §. ult. ff. ad leg. Corn. de scar. ita scribit: Legis Cornelia de scaris, & veneficis pena insula deportatio est, & omnium honorum ademptio. Sed sicut hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi sint, ut panam legis sub ineant. Sumamus prius verbum ut in vim adverbij, & cognoscatur ex eo absurdissimam sententiam sequi, quia eo ita sumpto, intelligitur postcos fuisse in superiori loco solum a illum finem, ut pœnæ capaces fierent: construe verbum ut in nostro idiomate para, & absurdum statim capies: ergo pro relativo accipi debet, ut panam legis subiteant; id est, Qui panam legis subiteant. Hermogenianus in l. si quis in principio 22. ff. de legat. 3. ibi: Nemo enim eam sibi potest legem dicere ut à priore ei recedere non liceat, id est, à qua postea ei recedere non liceat: Et sic intelligit hunc textum Osuvald. lib. 6. comment. Donel. c. 16. liter. E, ibi: Quia licet servisset tamen ei impedimento esse non prius, nec sibi legem quis dicere potest, à qua non recedat. l. 2. de legat. 3. idem Martianus in l. hoc colore 2. ff. de inoffic. testam. ibi: Hoc colore inofficisio testamenti agitur, quasi non sana mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent; id est, qui testamentum ordinarent, Ulpianus in dist. leg. an inutiles §. §. ultim. ff. de acceptilat. ibi: Quia hoc jure utitur, ut juris gentium sit acceptilatio; id est, Quo juris gentium sit acceptilatio: Idem in fragm. tit. 20. §. filiusfamilias 10. ibi: Filiusfamilias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari possit; id est, de quo testari possit: Utem in l. licet 3. §. Pedius 3. ff. de pecul. Pomponius in l. fundum ff. de evict. ibi: Fundum meum obligavi, deinde alienavi tibi, ut eo nomine non obligaveris; id est, ea lege, itaque, ut eo nomine non obligaveris. Plinius lib. 10. c. 69. ibi: Neque sunt naturaliter surdi, ut non sint & muti; id est, qui non sint & muti, Cicero Philipp. ibi: Cui XX. his annis supplicatio decreta est, ut non Imperator appellaretur? Id est, qui non Imperator appellaretur? Quibus manifestè cognoscitur, Marciani mentem, dicentis nullam esse venditionem, ut pactioni stetur, esse hanc, ut non possit contrahi venditio, in qua standum sit pactioni, sed debeat non obstante pactione stari venditioni, & pactio contemni, quasi contra jus posita fuerit, ut ipse ait in præcedentibus verbis: Et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, eoque veniri possit? Et hæc interpretatione sine adversario manet conclusio, quam supra hoc c. 3. retulit Hieronym. de Oroz, de Apicib. Jur. Civ.

linus, nempe, Quod valeat venditio rei pignorata facta per creditorem jure pignoris, vel per debitorem jure dominij, etiam si in contrahendo pignore apposta fuerit pactione, ne liceat creditori, vel debitori hypothecam vendere. Et sic egregiè vindicatus manet textus in d. l. si venditor 7. §. ult. ff. de distract. pign. ab emendatione Antonij Fabri; & Triboniano, in justè reprehensio per eundem, debitor sapientis hanc restituitur.

Adhuc tamen his, quæ de creditore diximus nempe quod et si apposta sit in contractu pignoris pactio hæc, ne liceat creditori hypothecam vendere, possit tamen eam vendere, neque pactum hoc ei distraheri repugnet; obstat acriter Ulpianus in l. si convenit 4. ff. de pignor. act. illius verbi hæc sunt: si convenit de distrahendo pignore, siue ab initio, siue postea, non tantum venditio valet, utram incipit emptor dominum rei habere: Sed et si non convenerit de distrahendo pignore: Hæc tamen jura utimur, ut liceat distrahere: Si modo non convenit, ne liceat: Ubi vero convenit, ne distraheretur: Creditor, si distraxerit, furti obligatur: Nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvas, & cessaverit; in cuius textus verba, ultim. ubi verò, notatur, creditorem non posse alienare rem pignoratam absque trina denunciatione, & quod fortum committat; si secus fecerit: Ergo pactio ne liceat creditori hypothecam vendere, conservatur; & facta contra illam venditione creditor furtum potius committit, quam venditionem contrahit.

Hæc obiectio parum vel nihil negotij facessit contra ea, quæ diximus: Non est enim pignus, quod utilitatem pignoris nullam affert creditori: Tota verò pignoris utilitas in eo consistit, ut cautum sit creditori pecuniæ debitæ nomine ad eam consequendam invito etiam debitore, si ille in solutione cesset: l. si mandatu 59. §. ult. ff. mandati l. ergo 4. §. addit. ff. de fid. libert. at qui non potest ex re pignori obligatâ elici pecuniâ: cogit 16. §. inde quaritur ff. ad S. C. Treb. precantia enim non ex re, sed ex negotiatione percipitur, l. venditor 21. ff. de hered. vel act. vend. facit l. quemadmodum 38. §. 2. ff. de nox. act. Ergo implicat contradictionem, ut pignoris datio valeat, & ut conventio quoque valeat, ne ullo modo pignus distraharur: estque conventio hæc directè contra naturam contractus pignoris, sicut illa de qua in l. cum pro vio 12. ff. de precav. l. ubi ita donator 17. ff. de more. cau. donat. Denique venditio pignoris est ex jure publico, ne alioquin vel nulla, vel longè incommodior sit miseris debitoribus ratio conquirendæ pecuniæ, cum si leijssores ut dent, non semper sit in expedito: l. consensisse 2. §. sed si dubitetur 6. ff. de judic. & plerumque plus cautionis sit in re, quam in persona: plus cautionis 25. ff. de reg. jur. Quis enim invenietur creditor, qui pecuniam credere velit sub pignore, quod nullo modo distrahi potest? Ea enim utilitas est pignoris, quam in epistole Ulpianus scribit in l. qui autem 14. §. 1. ff. de constit. pecuniæ: Unde sit, ut privatorum pactioni effici non possit, ut pignorum venditioni derogetur, quia ea publica est: l. jus publicum 38. l. inter debitorem 42. ff. de pactionis. Quod aded verum est, ut si pignus datum fuerit in antichresim; id est, ea lege, ut quandiu debitor pecuniam creditoris retinuerit, vicissim creditor fructus rei pignoratæ etiâ supra modum legitimum usurarum percipiat, eoque comodo creditor contentus esse cogatur: de quo contractu agitur in l. si in qui 11. §. 1. ff. de pign. l. si ea pactione 14. l. si à lege 17. C. de usur. (qui quidem contractus an usurarios sit & quomodo constitutatur, videre poteris apud Andream Gail, lib. 3. observ. 3. per tot. Joan. Borchart. de P. O. cap. 7. num. 68. & seq.) Et non obstante, quod ex hoc genere contractus ita ingens commodum sentiat creditor, non potest fieri

nè omnino vendi possit res pignorat: Quia non est cogendus creditor, ut perpetuo inhzreat pignori, si pecuniam sua habere malit, quàm antichresim retinere. Ergo nullomodo fieri potest per pactiorem pretextu etiam alicujus utilitatis, ut nunquam distrahi possit pignus. Hæc ita non minus verè, quàm doctè scribit ad *d. l. si convenit 4. de pign. act.* Ant. Fab. in *rati. & in d. dec. 87. err. 4.* quo in loco audiendus ipse non est, dum tentat demonstrare à Triboniano corruptam fuisse dictam *l. si creditor 7. §. ult. ff. de distract. pign.* id enim fallum est; & error ille conrigit Fabro ex eo, quòd non intellexit vim illius verbi *ut*, & usum Consultorum circa ejus acceptionem.

10 Itaque quando in pignore contrahendo convenit nè creditor pignus, distraheret; eo casu, ne infructuosa sit hæc conventio, sed ut ei detur aliquid, quo non aperte pignoris natura omnino irritetur, & subvertatur, statutum fuit, ut non possit creditor alter vendere pignus nisi prius debitori ter denunciaverit, ut solvat, & non solverit: *d. l. 4. Paul. lib. 4. sent. tit. 5. & tit. 13. sent. sinter.* Sic Jurisconsulti eam pactiorem, nè creditori pignus vendere liceat, quæ alioquin effectu vel nulla, vel inutilis, vel laesoria futura esset, sua prudentia exceperunt, ut aliquid ei darent, cum tres contra eam denunciationse introducerent: Aliquid verò etiam pignori tribuerunt, cum denunciationsibus istis sic obtineret, ut redigeretur ad simplex pignus, quòd vendere liceret. Quæ doctrina, & interpretatio acceptò ferenda est Antonio Fabro, *distis in loc.* Ex his poteris colligere quantà prudentiâ, Vachon. acerbissimis verbis, Ant. Fab. immodestè circa interpretationem *d. l. 7. §. ult.* percutiat, cum ipse mentem Marciani penitus ignoranter pervertisset, *d. err. 1. 2. & 3. & circa l. si convenit 4. de pign. act. ibidem err. 4.* Neque feliciores sunt Fufarius & ab eo adducti, *de subit. q. 674. n. 12.* qui contraria docuerunt.

CAPUT IV.

Singularis interpretatio traditur ad *l. 1. §. per hanc actionem 2. ff. de rei vind.*

SUMMARIUM.

- 1 *Patria potestas efficit, ne filius sit sui juris. Patria potestate non potest facere, ne filius sit integra persona, & civis Romanus. Explicatur l. 4. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. Servus jure civili nullum caput, statimve habet. In quo convenient servus, & filii familias, & disconvenient traditur. Filius familias quando emancipatur, capite minuitur, & quare? An recte conceptus sit tit. ff. si à paren. quis manum sit. Filius familias non est in dominio patris. Hæredes apud veteres pro dominis accipiebantur. Omnium honorum, & dignitatum filius particeps esse potest. In servis contrarium observatur. Filius familias ad judicia procurator potest constitui. Ab ea regula excipiuntur filii familias milites. Quare minori 20. annis permittatur, manumittere servum, ut sit procurator.*
- 2 *Difficultas versio, nisi forte d. l. 1. §. 2. de rei vind. proponitur.*

Nemo, qui dominus non sit habere potest rei vindicationem.

3 *Ex doctrina Antonij Fabri difficultas illius versio augetur.*

Antonius Faber adducit speciem quandam emendationis ad *d. vers.*

Antonij Fabri interpretatio difficultatem 3. versio non tollit.

4 *Potestas, qua in personam est, etiam ad bona extenditur.*

Potestas vitæ, necisque patribus in filiis concessa fuit.

Cetera in leviora in consequentiam vitæ necisque veniunt.

In hac re major patribus in filiis, quàm dominis in servis data fuit potestas.

Pater filium vera venditione iusto accedente pretio olim vendebat.

Locus Dionysij Alicarnassei ad litteram referuntur.

5 *Explicantur verba l. 12. tabul. uti legâssit super pecunia, tutelave rei suæ.*

Unde originem habuerit substitutio pupillaris ostenditur.

Explicantur text. in l. 77. §. 24. ff. de leg. 2. & l. 13. C. de testam.

Quare in l. 8. ff. de his qui sunt sui, vel alien. jur. patriam potestatem, & in l. 2. ff. de vulg. & pupill. subit. substitutionem moribus introductam esse dicatur.

Explicantur, §. ultim. inst. de noxal. action. l. 3. §. 4. versio. proinde ff. de hom. liber. exhibend. l. 5. §. 5. l. 49. ff. de obligat. & action. l. 41. §. 2. de furt. l. 33. & seq. de noxal. action.

Pater filios olim, sicut dominus servos dare poterant in noxam: Et unde id habuerint, ostenditur.

6 *Antonius Faber reprehenditur in eo, quòd negaverit filiorum venditionem, & n. seqq.*

L. 1. §. 9. de oblig. & act. l. 5. de contrah. empr. l. 10. de verb. oblig. de quo homine libro accipiantur?

Explicatur, l. 14. ff. de fart. §. interdum 9. §. cæna autem 5. inst. de oblig. quæ ex delict. nasc. l. 7. §. 4. ff. ad leg. Aquil. & Paul. lib. 5. sent. tit. 1.

7 *Obijciunt, l. 1. §. 9. ff. de his, qui effuder. vel dejecer. & explicatur.*

Explicatur, §. 1. versio. ob hominem inst. de oblig. quæ ex delict. nasc. l. 8. §. 2. versio. sed Labeo ff. ratam rem haberi l. ult. C. de patr. potest.

Pater potest statum libertatis filio pejerare non tollere: Idque exemplo declaratur.

Redemptus ab hostibus deterioratam libertatem habet, & quare?

8 *Superior objeclio ex d. l. 1. §. 9. de his, qui effuder. alio modo dissolvitur.*

9 *Explicatur ex dictis dict. l. 1. §. 2. Digestis de rei vindic.*

De præjudiciali actione, qua peti potest filius per patrem, agitur remissivè.

Vitæ, necisque potestas patribus, & dominis sublata fuit per jurisconsultas.

Adhuc differentia observatur in eo circa filios & servos.

L. 1. §. ult. & §. 2. ff. & instit. de his, qui sunt sui vel alien. jur. explicantur.

L. 6. §. ult. ff. ad Silan. l. 17. de fart. l. 5. §. 3. ff. de legat.

legat. l. 1. l. 17. in fin. de pign. l. 96. de V. O. l. 17. §. 1. de usufr. l. 11 §. 1. & seq. ff. ad l. Cornel. de licar. explicantur.

1. **L**icet jus patrie potestatis efficiat, ut filius familias non sit sui juris, sed alieni principis, de his, qui sunt sui, vel alien. jur. princ. instit. de patr. potest. l. item in potestate 3. cod. tit. ff. de his, qui sunt sui. Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 8. princ. 1. in princ. & princ. 2. in princ.* facere tamen non potest, ne filius familias persona sit integra perinde, ac si sui juris esset, cum caput habeat in civitate, nec minus civis Romanus sit, quam si patrie familias esset: constat enim civitas Romana patribus familias, matribus familias, filiis familias, & filiabus familias, *l. non civitatem 4. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. idem Faber in jurisp. dict. tit. princ. 1. & princ. 3. illat. 4. & princ. 6. in princ. & lib. 7. coniect. cap. 7.* In eoque distinguuntur à servis, quòd isti nullo jure (si unum jus naturale excipias) computantur; vel si aliquo jure rerum, & quadrupedum tantum censentur: *l. 1. §. ut igitur 2. ff. au leg. Aquil. l. hinc. §. ultim. ff. que. manum. usufruct. caveat. ibi: Opera hominis, vel alterius animalis, l. possideri 3. §. Ne vera 13. ff. de acquirend. possess. ex eo quòd de jure civili nullum caput, statumve habeant: *l. quòd attinet 3. ff. ac di vers. regul. jur. l. liberos 3. §. 1. in fin. ff. de cap. minut. l. omnia 31. ff. cum ita legatur 2. ff. de legat. 2. filij verò familias in eo conveniunt cum servis, quòd servi sint naturaliter personæ, sed in eo excedunt, quòd filii familias sunt etiam civiliter; jure quidem gentium omnino excedunt; quo jure cum non agnoscat potestas, sui juris sunt, & idem, ac patres familias *l. filius familias 39. ff. de obligat. & action.* Sed jure Quiritium, unde originem sumpsit patria potestas, ut abundè docebitur *infr. lib. 5. cap. ult.* aliquatenus etiam personæ sunt: *dict. l. 1. hanc actionem 2. ff. de rei vindicat. aliquatenus etiam jure personæ: l. si in familias 9. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. facit text. in l. nam quòd 14. l. ille à quo 13. §. ultim. ff. ad S. C. Trebell. l. in privatis 77. & l. seq. ff. de judic. idem Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 8. princ. 6. illat. 3.* Unde eveniebat, ut quando filius emancipabatur, capite minueretur *dict. l. 3. in fin. ff. de cap. minut. quia per illas imaginarias venditiones, quibus emancipatio fiebat, & de quibus agitur in *l. ultim. C. de emancipat. liberor. idem Faber, tit. 11. princ. 10.* in servitorem imaginariam filius familias incidebat. Ideoque in ff. rectè conceptus est ritul. *si a paren. quis manum. sit:* quia dicitur manumissus filius ex illa fictitia servitute, in quam cadebat per illas figuratas venditiones. Consequens etiam est, ut filius familias alienæ quidem potestatis subijciatur, sed non alieno, dominio, cum ob eam præcisè causam (suos hæres esse dicatur, id est, suus dominus [hæredes enim pro dominis veteres usurpabant §. ult. vers. pro hærede instit. de hæred. qualit. & differ.] quasi qui in proprio sui ipsius dominio sit, non in alieno idem Faber *tit. 3. princ. 4. in princ. ex quo provenit ei, ut omnium honorum, munerum, & dignitatum perinde particeps & capax sit, ac patrefamilias, nec solum ignorante, sed (quòd magis est) invito patre *l. filius familias 3. C. ne filij pro patre l. filius, §. C. de acquir. lib. 10. tit. 3. 1.* Ex qua etiam venit, quòd filius familias magistratum gerens patrem possit cogere adire suspectam hæreditatem ut eam restituat: *l. ille à quo 13. §. fin. ff. ad S. C. Trebellian. quòd pertinet etiam l. in privatis 77. Digestis de judicis, neque his obstat l. qui iustitiam 10. ff. de iustitia. Nam illam explicat & cum superioribus componit Ant. Fab. *jurisp. Papin. tit. 8. Hieronym. de Oroz, de Apicib. Jur. Civ.*******

princip. 4. illat. 3. & princ. 5. illat. 1. & aliter ex Bussi Besoldus in *delictis juris lib. 5. pandect. quæst. 16.* & omnium melius nostræ ætatis doctissimus DD. Michael de Luna *lib. singular. deliction. an. 142. usque ad 150.* E contrario servus incapax est omnium honorum, & munerum: *l. Barbarius 3. ff. de offi. praetor. l. non mutat 11. lege non idcirco 8. C. de liber. cau. Filius familias tanquam paterfamilias ex quocumque contractu obligatur, & convenitur: *l. filius familias 39. ff. de obligat. & action. l. tam ex contractibus 57. ff. judic.* Servi verò neutiquam, quia naturaliter tantum obligantur *lege servi 14. ff. de obligat. & action. lege in personam 22. l. cum servo 107. Digestis ac regni jur. nec servus 41. ff. de pecul. Filij familias constitui procurator potest, non solum a negotium, sed etiam ad judicia, quia cum suo nomine judicium accipere possit, multò magis potest alieno: ab hac tamen regula excipiendi sunt filij familias milites, qui procuratores esse prohibentur nè militaris disciplina, quæ omnium prima in republica debet esse: *lege post liminiam 19. §. filius & captiv. & postlim. revers.* negotiorum occupatione perturbatur: *lege qui stipendia 9. leg. ita de nam 13. C. ac procurat. l. filius familias, vers. ipse quoque ff. de procurat. l. filius familias 57. vers. certe ff. de judic. constituitur etiam procuratorem potest dicit, *l. filius 8. servus verò non potest. Ideoque permissum fuit minori 20. annis procuratoris habendi gratia servum manumittere: lege si collectaneus 13. ff. de manum. vind. §. iuste §. instit. quib. ex cau. manum. non licet, de quibus vide eundem Fabium *tit. 8. princ. 6. in §. & illat. 1. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.*****

Ex supradictis admiratione dignum semper judicavi Ulpianum in *l. 1. §. hanc actionem 2. vers. nisi forte ff. de rei vindicat.* ubi postquam in principio §. proposuit, filios familias, quia libertæ personæ sunt, patribus, in quorum potestate existunt, rei vindicatione peti non posse; sequentem distinctionem adhibet ex Pomponio in his verbis: *nisi forte, inquis, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita peti filium suum in potestate ex jure Romano, videtur mihi & Pomponius consentire rectè eum egisse, aut enim adjecta causa ex *l. Quiritium vindicare posse.* Quibus aperte constat, non qualemcumque potestatem patres habuisse in filios, sed illum, quæ domini nomen mereretur: ut eleganter sentit Lactant. *Epimian dicitur instit. lib. 4. cap. 4. ibi: Dominum verò equam esse, quæ sit pater, etiam juris civilis ratio demonstrat. Quis enim poterit filios educare, nisi habuit in eos dominij potestatem? Nunc immerito paterfamilias dicitur, licet tantum filios habet, ut videlicet nomen patris complectitur etiam servos, quia familiam sequitur: & nomen familie complectitur etiam filios, quia pater antea dicitur: unde appareret eundem ipsam & patrem esse servorum, & dominum filiorum. Nemo enim ullam rem hac actione petere potest, nisi solus ille; qui ejus dominium habet: lege in rem 23. lege non idem 66. lege in speculati 73. l. 1. §. 1. l. fin autem 27. §. sed & i. 3. ff. de rei vindic. l. quibus 2. §. 4. ff. de acquir. leg. Donel. & Oluv. cum adductis ab eo lib. 20. §. *non. jur. sin. c. 1. & in h. seqq. passim & c. 7. tit. de & seqq. Ant. Fab. in jurisp. P. p. tit. 8. princ. 6. illat. 10. & invariata ad h. sed & §. 25. §. petitio 18. ff. de her. petit. DD. Mart. de i. arcat. lib. 4. sectar. jur. civil. interp. c. 9. n. d. c. 10. n. 1. & lib. 6. c. 2. n. 12. Christoph. Petold. in *delictis juris lib. 6. pandect. quæst. 1. Agid. Hort. in §. sed ita 3. & seq. inst. de action. Joan. Boicholi. de V. O. c. 5. n. 49. & seqq.* Ergo patres, qui antiquitus petere filios rei vindicatione poterunt: quandò ab aliis detinebantur, eos in dominio habuerunt.***

Antonius Faber illius versic. difficultatem agnoscens in *jurisp. Papin. dist. tit. 8. princ. 6. illat. 10* sic ait: paulò difficilior illud est, quid sibi velit Ulpianus cum ex Pomponio scribit, per vindicationem petere nos posse liberos, quos habemus in potestate. Nam si dicamus quod sequentia verba præse ferre videntur, vindicari filium adjecta causa, cum vindicatur adjecta illa clausula *ex jure Quiritium*; aut, quod idem est, *ex lege Quiritium*, nihil omnino egerimus, cum vindicationum omnium solemnibus clausula illa fuerit, *hanc rem ex jure Quiritium meam esse aio*. Dicendum igitur est, vindicari filium adjecta causa, quoties non simpliciter ut servus, cæteræque res omnes per supradictam vulgarem clausulam vindicatur, sed adjecta per patrem tali causa, per quam appareat esse filium in patris potestate: ut puta hoc modo. *Hunc filium ex jure Quiritium meum esse aio, quia ex iustis nuptiis cum Terentia contractis eum suscepi, aut etiam quia eum adoptavi*. Sic enim concepta vindicatione apparet, non tam filium ipsum jure dominij, quam jus patriæ potestatis vindicari in filio, siquidem hujusmodi causæ vindicationis tales sunt per quas non solet, nec potest acquiri jus dominij in filium, sed tantum jus potestatis: indeque apparet, ita vindicationem patrem non de dominio, sed de solo patriæ potestatis jure contendere. Hæc Faber, qui postea ut melius intelligatur textus, speciem quandam emendationis inducit, dum in fine illationis dicitur *virgula ponendam esse post verbum causa &c.* Hæc interpretatio difficultatem supra adductam non tollit, nam si adjecta causa filius vindicatione peti potest, sub eadem causa in dominio patris erit: & quamvis facteretur vera esse omnia, quæ Faber tradit, adhuc non poterat negari nimis nudè, & absque ulla juris auctoritate, scripta esse: itaque à nobis fusiùs, & ornatius explicabuntur *ex num. seq. usque ad fin. capit.* Varias dicti versic. interpretationes vide apud *Osvaldum dist. lib. 10. cap. 4. liter. E.* & alios plures, ab eo ibidem adductos.

4 Summa uniuscujusque in alterum potestas in eo potissimum consistebat, ut personam tantum comprehendere; eaque patribus in filios suos concessa, vitæ necisque potestas appellatur in *l. in suis 11. ff. de libert. & posthum. ultim. C. de patr. potest.* Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 8. princ. 1. in princ.* Cætera in consequentiam vitæ, necisque ut minora veniant, veluti ut possit pater filium vincire, verberare, vel vincum ad opera rustica ablegare; & etiam si filius Magistratum gerat, eum vendere; imò in hoc major potestas patribus in filios, quam dominis in servos data fuerat, cum patres ter vendere possent filios non solum imaginaria, sed etiam vera venditione, & iusto accedente pretio. Circa superiora omnia, quæ introducta fuerant ad refrenandam juventutis insaniam, & ingenij ferocitatem, referenda ad literam sunt verba *Dionisij Alicarnassensis lib. 2. antiquitat. Romanar.* ut ex his apertius veritas supradictorum percipiatur. *At Romano- rum legislator, inquit, omnem (ut ita dicam) potestatem in filium patri concessit, idque toto vita tempore, sive eum in carcerem conicere, sive flagris cedere, sive vincum ad rusticum opus detinere, sive occidere velit; licet filius jam rem publicam administraret, & inter summos Magistratus conferetur, & propter suam studium in rempublicam laudaretur, & Paulò inferius sequentia hæc adhibet: Neque Romano legislatori hoc satis fuit, quod hanc potestatem patri dedisset; sed etiam ei filium vendere permisit; nihil eo deterritus, quod homines hanc potestatem patri concessam*

*crudellem essent judicaturi, & graviores quam naturalis affectus, & amor patiarur. Et (quod magis quis admiretur indissoluta Græcorum disciplina educatus, ut acerbum, & tiranicum) hoc quoque patri concessit usque ad tertiam venditionem ex filio quæsum facere, datâ patri in filium majori potestate, quam domino in mancipium. Nam servus semel venditus, deinde libertatem adeptus, in posterum esse sui juris, ut filius a patre venditus, si liber fuisset factus, redibat in potestatem patris: & iterum venditus, & libertas donatus, servus patris ut antea sibeat; sed post tertiam demum venditionem ex patris potestate exibat. Hanc legem præci illi Reges sive scriptam, sive non scriptam (reque enim certi quidquam possunt asserere) omnino præstantissimam ducentes observarunt. Sed sublato regno, cum primò populo Romano visum est, omnes patrios mores, & leges unâ unâ asseruit in fore palam omnibus civibus proponere, ne jus publicum cum ipso Magistratum dominatu intercederet; decem viri, quibus à populo potestas data fuerat colligendarum, & conscribendarum legum, eam inter cæteras retulerunt, & extat in quarta illarum 12. tabular. quæ in foro posita ita vocantur. Quod autem non decem viri, qui recitis post annis legum conscribendarum causa creati fuerant, primis in Rempublicam Romanam hanc legem introduxerunt, sed multò antè latam, & receptam tollere ausi non fuerunt: tum ex multis aliis colligimus: tum verò præcipuè ex *Nama Pamphili legibus, qui post Romulum regnavit; in quibus etiam ita scriptum est. SI PATER PERMISSERIT FILIO UXOREM DUCERE, QUÆ EX LEGIBUS PARTICEPS SIT, ET SACRORUM ET BONORUM, PATRI POST HAC NULLUM JUS ESTO VENDENDI FILIUM, quod non scripserit, nisi per reliquas omnes superiores leges patri filium vendere licuisset. Hæc scripti ex supra dicto Aulohore, ut constet quanta olim patribus in filios fuisset potestas; & quod major fuerit, quam illa, quæ in servos dominis data erat. De hac re non nihil scripsit Doctor Josephus Fernand. de Rites lib. 1. miscell. cap. 21. num. 6. vide Tiraquellum in annotationib. ad *Alexand. ab Alexand. dier. genial. lib. 6. cap. 10. liter. P. & seqq.* videnda etiam sunt quæ dicam infra lib. 5. cap. 13. num. 12. *Valentini Forst. de Histor. jur. civil. Rom. lib. 1. cap. 6. num. 11. & cap. 7. num. 8.***

Unde mihi semper visum fuit provenire illud, quod in *fragm. l. 12. tabul.* reperitur scriptum, & refertur ab *Ulpiano in fragm. tit. 11. §. testament. 14. uti legasset super pecunia tutelæ suæ rei, ita jus esto ubi tutela dicitur rei suæ, ut indicetur filium familiam in re patris esse dum in patris potestate est. Ex quo descendit etiam meo videri origo pupillaris substitutionis, quæ sit de bonis pupilli, non de patris testatoris, quia illa sit in secundum casum, id est quo filius extiterit hæres patri, & in pupillari ætate decesserit *prin. ip. institut. de pupillar. substitut.* quo casu jam bona patris testatoris non sunt, sed pupilli hæres: *l. moribus 2. §. princ. 4. l. si is qui 6. l. sed si plures 10. §. ad substitutos 5. ff. de vulg. & pupillar. substit. l. venditor 2. §. aliud potest 2. ff. de hered. vel action. vend. Ulpian. in fragm. tit. 2. §. liberis 7. & seq. Donel. libro sexto commentar. jur. civil. cap. 25. Anton. Fab. in *jurisp. Papinia. tit. 6. principio 5. illat. 6. & titulo 10. princ. 1. illat. 14. & tit. 12. princ. 1. illat. 24. Cujac. lib. 6. quest. Papin. in l. causa 4. ff. de vulg. & pupillar. substit. libro 2. respons. Papin. in l. heres 51. ff. de hered. pretit. & libro 9. repons. Papin. in lege poster. 14. §. duobus ff. ad leg. falcid.* Neque id contrarium est legi**

legi 12. tabul. quæ de pecunia tantum propria cuiquam potestatem testandi dedit: *l. non puer 77. §. mando 2. 4. ff. de legat. 1. l. testandi 13. Codic. de testament.* quia jure patriæ potestatis quasi & ipse pupillos, cum pater moreretur, sit in re patris, substitueret hæc substitutio in consequentiam filij, quasi de re patris, aut institutio sui hæres ab eo facta: Nam pater, qui de tutela filij quasi de re sua disponere potest, §. *permissum 3. instit. de tutel.* multò magis disponet de pupilli bonis: Quæ substitutio rectè dicitur moribus introducta; *l. moribus 2. ff. de vulg. & pupillar. substit. princ. instit. de pupillar. substit. sicut & patria potestas: l. pater furioso 8. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. ut intelligatur per patriæ potestatis usum, qui maximus esse videtur ex eo, quod in personam filij statuitur, faciliùs etiam in bona filij fuisse admittam hanc substitutionem, per quam pater de bonis filij disponere sicut de ipso filio posset.*

Ex eodem fonte dimanasse arbitror id, quod ait Imperator Justinianus in *§. ult. inst. de noxal. act.* apud veteres mos fuisse, ut etiam filij familiam per patres noxæ darentur, si vel masculi fuissent, si vel femina: Et illum morem emendatum fuisse per novam hominum conversationem, id est dissensu omnium communi statutum fuisse, ut talis asperitas circa filios corrigeretur: Et deinceps hæc noxæ deditio solum servorum poena esset, non verò etiam, & filiusfamiliam communis. Hujus veteris juris vestigia licet Justinianus afferret ante suum tempus esse desuisse in usu hanc consuetudinem noxæ dandi filios familiam extant adhuc expressa in *l. quod & lex 3. §. si quis enim versicul. proinde ff. de homin. liber. exhibend. ibi: Proinde est libertam suam, vel alium, vel noxæ deditum, l. si quis absentis 5. §. id quoque 5. versic. idem si filius familiam l. ex contractibus 49. ff. de obligat. & action. l. si cum quis 41. §. quando 2. Digestis de furt. l. noxal 33. & l. sequent. ff. de noxal. action. tamen Justiniani opinionem, nempe ejus temporibus sublatam fuisse, consuetudinem noxæ dandi filios, juvare videtur textus in *l. 1. ff. de noxal. action. l. si servus 4. ff. de condit. furt. l. 1. §. si filius familiam 7. Digestis de his, qui effuder. vel dejector.* Tamen de hoc statuitur quidquid voluerint alij, quod rectum esse apud Consulatos, & apud veteres filios familiam sicut servos noxæ dari potuisse: Quod (ut edocemus) non potuit aliunde provenire nisi ab eo, quod patribus si licuit occidere filios, multò magis licuit eos noxæ dare per regulam, quod cui plus licet, non potest quod minus est, non licere: *l. non debet 21. ff. de regulis juris.**

6 Ex dictis, & præcipuè ex loco Alicarnassensis faciè cognoscitur, Antonium Fabrum absque ulla fundamento, in *jurisp. Papin. tit. 8. princ. 6. illat. 2.* affirmasse filium familiam non potuisse à patre vendi, motum ex illa ratione nimis generali, quod liberi hominis hoc (ut ipse ait) integram personam habentis, adeoque civis Romani, neque venditionem valere, neque aliud ullum commercium licitum esse dicitur: *ex l. Celsus 6. Digestis de contrab. empt. leg. 1. §. si id quod 9. ff. de obligat. & action. l. liber homo 103. ff. de V. O. ubi maxime ponderat, neque hominis liberi æstimationem præstari posse, quia nulla ejus æstimatio est: Et (quod magis mirabile est) affirmat nunquam hac in re plus juris patres habuisse prætextu patriæ potestatis, non magis quam prætextu ignorantia: *l. 1. Codic. de patrib. qui filios suos di raxer.* idque ita statutum fuisse non tam propter publicam honestatem, legivæ prohibitionem (ut quidam putant) quam defectu potestatis, & juris: Quia nullum jus habet pater vendendi filium ex eo, *D. Hieronym. de Oroz, de Apicib. Jur. Civ.**

quod neque in dominio, neque in bonis suis eum habeat; cum sit multo difficilior facere, ut alius, qui pater non sit, habeat in dominio, vel in bonis suis eum, quem pater ipse non habeat, ex regula *nemo 54. Digestis de regulis juris.* Nam præterquam, quod aperte falsum est, quod affirmat de venditione filij familiam; non permittit patribus familiam, ut supra, satis manifestè probavimus; illud etiam valde alienum à recta jurisprudentia est. quod hominis liberi, id est, filij familiam non detur æstimatio; si enim illa non daretur, non poterat facile percipi, quid sibi vellet Ulpianus in *leg. cum 14. §. si filius familiam 13. Digestis de furt.* in his verbis: *Si filiusfamiliam subreptus sit, patrem habere furti actionem palam est, & Justinianus in §. interdum 9. instit. de obligat. que ex delict. nasc. ibi: Interdum etiam liberorum hominum furtum sit, veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit, ubi manifestè demonstratur, aliorum hominum liberorum furtum non posse fieri, quia hominis liberi nulla æstimatio esse potest; & quando furti actione agitur, secundum qualitatem furti duplatur, vel quadruplatur æstimatio rei furatæ: *§. poena aut. m. 5. instit. eod. tit.* quo in loco idem observari debere ait Justinianus, non solum si servus furetur, sed etiam si filiusfamiliam: Et sic existimo verba illa: *d. §. tam ex servi, quam ex liberi personæ*, conjungenda esse cum *d. §. interdum*: Filij verò familiam furtum fieri potest, & de eo æstimatio duplari, vel quadruplari, ut si furti actione agatur, ut in cæteris rebus furatis: *d. §. poena & l. quod quidem ff. de publican. & vedigal.* Ad id spectat etiam illud, quod Ulpianus docet in *l. qua actione 7. §. si quis 4. ff. ad leg. quil.* Patrem posse de filio vulnerato uti legi Aquiliæ actione agere. Itaque superest adhuc apud paulum *lib. 5. sent. tit. 1.* ut pater filij operas locare possit, in quo certe de teriore facit statum filij, idem Paul. *lib. 2. sent. tit. 18.* quæ omnia diversimodè observarentur, si respectu patris æstimatio filij familiam non daretur.*

Neque quidquam obstabit, si cum Ulpiano in *l. 1. 7. §. sed cum homo 6. ff. de his, qui effuder. vel dejector.* dixeris, quod si homo liber perierit, damni æstimatio non fiat in duplum, quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest; & idem quinquaginta aureorum æstimationem esse statuit Justinianus in *§. 1. versic. ob hominem instit. de obligat. que quasi ex delict. nascunt.* facit text. in *l. procurator. 8. §. si quis 1. versic. sed l. ab eo ff. raram rem haberi.* ad quod spectat etiam text. in *l. ultim. Codic. de patr. potest.* neque ita pater vendere filium potest, ut statui ejus ingenuitatis præjudicaret, Paul. *dist. lib. 5. sentent. tit. 1.* Nam responderetur primò, aliud esse statum libertatis peierare, seu libertatem minere, quod pater familiam in filio familiam efficere potest: Aliud libertatem omnino tollere, & filium in servitutem redigere, quod patri non licet: Hoc ut majus pater non potest, illud verò ut minus potest: Quod declaratur unico hoc exemplo. Si quis redemptus est ab hostibus, libertatem habere quis negabit, vide Antonium Fabrum in *loc. postea citand.* tamen quia quasi vinculo pignoris obstrictus est, dum non solverit pretium, quo redemptus fuerat, summè deterioratam habet libertatem; aded, ut dubitetur, an is moriens filium hæredem suum habere poterit: *leg. si pater 14. leg. si quis ingenuam 21. ff. de captiv. & postlim. revers. leg. ab hostibus 2. l. præses 8. l. §. si liberum 11. l. si is qui 3. Codic. de postlim. revers. Anton. tab. in *jurisp. tit. 3. princ. 4. illat. 3. & tit. 1. princ. 7. illat. 14. & princ. 8. illat. 11. & 10. & 10. loan. Calvin. in paratit. ff. lib. 49. tit. 15.* Unde apparet, filio libertatem*

Ubi mirum omnibus videretur, quod Calistratus contra apertissimas juris dispositiones per deputationem perimam libertatem amittit, & nullam admittit differentiam inter deportatos, & alios, qui in opus metalli, vel in metallum damnantur: cum certum sit illos, quibus aqua, & ignis interdicitur, quamvis civitatem amittant, retinere libertatem, §. minor 2. *insti. de cap. minur. l. amissione 5 ff. eod. tit. l. 2. l. sunt 17. §. 1. ff. de penit.*

Hunc s. explicare subtiliter cupiens Cujacius, duplicem esse libertatem docuit: unam juris gentium: alteram juris Quiritium; itaque ait deportationem libertatem juris gentium non tolli, libertatem verò juris Quiritium tolli, & de hac libertate accipiendam esse Calistratum: quam distinctionem approbavit etiam Antonius Faber in *jurispr. Papin. tit. 9. princ. 1. illat. 3. in fin.* quamvis postea eam reprobaverit in *di. jurispr. tit. 16. princ. 1. illat. 2.* dicendo subtiliorem esse, non veriore: & postea ipse aliam interpretationem tradit, de qua inferius aliqua dicemus. Idem facit Marc. Lyclama *membr. lib. 1. eglora 22.* Nunc videamus de sententia Cujacii (postea nostram mentem aperimus *num. 7.*) qui meo videri non est dignus, ut reprehendatur, nullâ datâ reprehensionis ratione, ut facit Antonius Faber, in §. *quod autem 6. insti. de cap. minur.* Imperator Justinianus ait, accedente maximâ capitis diminutione jura cognationis corrumpi; & idem dicendum esse de media capitis diminutione; & quod dissolvatur cognatio, si quis in insulam deportetur: ubi denotat expressè, quod jus cognationis, quod naturale est, *l. jurisconsultus, §. inter agnatos 4 ff. de gradib. & affnib. per deportationem, quæ civilis est, auferri: quod contingere non poterat, si non esset distincta cognatio juris gentium, & juris Quiritium: quod & Modestinus non obscure docet. in l. non facile 4. §. cognationis 2 ff. eod. tit. de gradib. & affnib. ibi: Cognationis substantia bisariam apud Romanos intelligitur, nam quedam cognationes jure civili connectuntur, nonnunquam utraque jure concurrunt, & naturali, & civili copulantur cognatio; & quod hæc auferatur per deportationem, Ex quibus sine duobus io provenit, quod prætor, qui in danda bonorum possessione, unde cognati solum attendit ad cognationem, quia eos invitat ad bonorum possessionem, qui jure civili ad successionem admitti non possunt, id est cognatos, ut ait Ulpianus in l. 1. ff. unde cognati. l. hæc parte eod. deportato neque det eam bonorum possessionem, neque ab eo factam testamentum admittat: l. capitis 3. ff. unde cognati, §. non tamen 6. insti. quib. mod. testam. instrum. l. 1. §. bi quibus 2. ff. de legat. 3. l. 1. §. pen. ff. de bonor. possess. contra tabul. 1. §. capitis 8. ff. ad S. C. Tertull. l. ult. ff. sent. passis. & restit. Quid enim juris naturalis Romæ retinere potest is, cui non licet Romæ morari! Hæc declaratur exemplo deducto, ex l. si debitor 47. ff. de fidejussorib. ubi ex Juliano Papinianus ait, quod si debitori deportatio irrogata sit, non possit pro eo fidejussorem accipi; quasi tota obligatio contra eum extincta sit: quia in consequentiam extinctæ civilis obligationis, quæ interdictione Romæ contigit deportato, etiam naturalis obligatio extincta est: quæ enim potest esse naturalis obligatio Romæ in eo homine, qui Romæ esse prohibetur? Itaque necesse est, ut factam ir, quod deportatio etiam naturalia jura corrumpat, non absolutè, sed ut pertinentia populo Romano; & ea, quæ ibi retinentur ex retentione civitatis Romanæ, & amittuntur eius amissione: sicut extinguitur obligatio naturalis, quæ debitor tenebatur, non ut contrahens absolutè, sed ut contrahens quasi civis Romanus, *di. lege**

si debitori 47. Digestis de fidejussor.

Ex superioribus obiter explicabimus textum summe difficilem, in *lex factio 17. §. ex facto 5. ff. ad S. C. Trebel. & ab emendatione Antonij Fabri lib. 17. conjectur. cap. 20* cum vindicabimus: ibi Ulpianus ait quod mulier quædam rogaverat filium suum, ut si sine liberis decessisset, restitueret hereditatem fratri suo: filius, qui rogatus fuerat, postea in insulam deportatus fuit, & manens in insula cum uxore sua liberos susceperat: quærit, an per eos filios deficiat conditio fideicommissi? & quaestioni proposito adhibita distinctione respondit, dicendo quod si filij fuerant concepti, antequam contigisset patri calamitas hæc deportationis (status filiorum sumitur à tempore exceptionis hæc, & in *l. sed et si 20. ff. ad S. C. Trebell. l. intelligendum 153. ff. de verb. signif. & in d. l. ex factio, §. si quis rogatus 6. ult. ff. de sent. pass. & restituit. quid enim pater adhibet ad partum, vel ad editionem? nihil; text. in l. Imperator 18. in fin. ff. de stat. homin. l. emancipatum 7. §. item Labeo 1. *vers. si quis conceptus, ff. de Senatorib.*) deficiat conditio apposita fideicommissi, quandoque postea nascantur: si verò filij concipiuntur post deportationem, non faciunt deficere conditionem, quasi ab alio suscepti, & non ab eo, cui injuncta erat conditio fideicommissi. Hanc distinctionem pluribus rationibus improbare intendit Antonius Faber loco proxime citato: Itaque post longam disputationem Triboniano tribuit totum *versic. nos igitur* usque ad finem: fundamenta, quibus movetur videri poterunt apud eum. Nobis enim competit neglectis Fabri rationibus absque ulla Triboniani nota integrum illum vericulum conservare; quin rectè jurisprudentia, nec levissime, offendatur. Credimus itaque in deportato, cui adhuc manet integrum jus gentium, rectè dici deficere personam non solum ad civilem, sed etiam ad naturalem obligationem, ut probavimus ex *d. l. si debitor 47. ff. de fidejussor.* & ea de causa ejus obligationis fieri novatio non potest; quia in consequentiam amissæ obligationis civilis, naturalis quoque obligatio extincta est omnino ex eo, quod persona obligata perit, & extincta est ad omnia illa, quæ antea in civitate vel habebat, vel debebat: dextre Ulpianus in l. quoties 14. *vers. & ideo, ff. de novat. & ideo, inquit, si forte persona promissoris, pendente conditione, fuerit deportata; Marcellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem: quoniam tunc, cum existit conditio, non est persona, quæ obligetur. Itaque rectissime Ulpianus in d. l. lex factio 17. §. ex factio 5. ff. ad S. C. Trebel. tradit filios in deportationem conceptos non prodesse; & addit, quasi ab alio susceptos, quo idem significat, ac si diceret, quasi ab alieno à civitate Romana susceptos: quia jus bonorum Romæ, ubi de hoc agebatur, deficiebat deportato: deportatio enim naturalia corrumpit jura, non absolutè, sed ut pertinentia populo Romano: eaque retinentur ibi retentâ civitate, & amittuntur amissâ, *l. tutelæ 7. §. ult. ff. de cap. minur. l. 2. de bonis proscriptor.* Eandem explicationem recipit text. in l. ult. ff. de duob. reis, ubi verbum alienus idem significat, quod alterius, qui de portatus non fuit, *Cujac. lib. 9. quaest. papin. in d. l. si debitor 47. ff. de fidejussor.* Et hæc interpretatio elegantior est illâ, quam tradit sapientissimus admodum, & doctissimus præceptor D. D. Melchior de Valentia *tract. 4. illustr. cap. 9. num. 7. & seqq.* Donell. & Oliva *lib. 16. comment. jur. civil. cap. 16 lit. D & lib. 11. cap. 14 & aliis aliorum.* Hæc, quæ obiter diximus ad explicationem *d. l. ex factio 17 §. ex factio*, multum distat ab his quæ scripta reliquit D. Franciscus de Amaya *lib. 1. obser-***

vat

nat. c. 12. & in l. unic. C. de pen. fsc. creditor. prof. num. 28. & seqq. an meliora, an insubtilius excogitata à Lectore judicabuntur.

Redeamus nunc ad ea, quæ paulisper suspendimus *num. 2.* Eadem consequentiâ amissæ civitatis deportati non possunt dici jure Quiritium liberi *l. non facile 4. §. ult. ff. de gradib. & affnib.* Cicero pro Cecina: *Si semel adempta sit civitas, ait, retineri libertas non potest: Quomodo enim potest jure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est?* Sic Ovidius *lib. 3. trist. eleg. 3. Cum patriam amisi, tunc me privasse putato. Et prior, & gratior pars fuit i la mihi.* Et hoc sensu deportatio magna. id est, maxima capitis diminutio rectè dicitur in *leg. cognitionum 5. §. ultim. ff. de variis & extra. ord. cognit. di. l. 1. §. capitis 8. ff. ad S. C. Tertullian. l. 1. §. si filius 4. ff. de suis & legitim. hered. cum ea deportationem dicantur homines interire, ut in l. verum 63. §. societas 10. ff. pro socio. Neque hoc mirum est, cum deportatus Romæ pro mortuo habeatur, *l. 1. §. penultim. ff. de bonor. poss. ff. de bon. libert. cum deportatio mors civilis dicatur ob civiles effectus mortis similes, quos multos habet: l. 1. §. bi quibus 2. ff. de legat. 3. di. l. quoties 14. §. ultim. ff. de novat. l. 1. Codic. de hered. insti. l. Gallus 29. §. & quid. si tantum 2. ff. de liber. & posthum. l. sed si per penam 6. ff. de in jus vocando, Cujus lib. 1. insti. tit. 6. Ulpian. in fragm. tit. 10. §. si pater 3. Hæc omnia (ut dixi) ex consequentiâ juris civilis proficiuntur, cum jure civili contracto jus etiam naturale, quod inest, contrahatur: Ita illo sublato, hoc etiam tollitur: Et idem modus ille quo jus civile tollitur, etiam juris naturalis tollendi aliquatenus modus est. Ergo propter subtilitatem, quam laudat Anton Faber à vero non aberrasse Cujacium credi oportet, sed illam distinctionem libertatis, juris Quiritium, & juris gentium non minus subtiliter, & doctè, quam verè, & rectè, ut tantum virum debet; nobis tradidisse, atque excogitasse. Itaque non habebit mandacii amatores eos, qui hanc interpretationem amplexi fuerint ad difficilem illum Calistrati locum, quem non paulo ornatus quam Cujacius illustravimus; quam etiam amplectitur Christophorus Besoldus in *delibatis juris cap. 3. de imperio nro, vers. Deportati vero.* Vaconius *lib. 1. declarat. 18. num. 9. & ibi in addis.* Invenies Cujus Doctores varia de deportatis explicantes. Cujus rei exemplum elegans sumi poterit ex *l. ultim. ff. si à paren. quis manum. sit.* ubi dicitur per emancipationem, quæ juris civilis est, tolli non solum patriæ potestatis vinculum, quod civile est, sed etiam pietatis vinculum dissolvi, quod est naturale, *l. 4. ff. de curat. furiosi, rationem sume ex dicendis infra l. 5. c. 1. 3. 1. 1.* Vide novam, quàm trademus interpretationem ad *d. l. 5. §. ult. infra num. 6. in fin.***

Et ut verum fatear; ipse Faber est, qui probabiliori interpretationi textus adhibet minus probabilem explicationem ad Calistratum; ait enim illum non loqui de maxima capitis diminutione, sed de magnâ, quo nomine tam media, & quæ minor est, quàm quæ maxima est, significatur: Cum magnæ capitis diminutioni non aliam posse opponi, & significari, nisi quæ parva sit; ejus appellatio convenientius est, ut minima, quàm ut media significetur. Hoc verò admissio, quod negari non potest (prosequitur Faber) apparet id agere Calistratum, ut afferat exempla magnæ capitis diminutionis, non solum quatenus ea maxima sed etiam quatenus media est: Idem incipit ab exemplo, quod ad solam capitis diminutionem maximam pertinet; id est, inquit, cum libertas adi-

mirur. Quod ergo sequitur, veluti cum aqua & igni interdicitur, non est exemplum ejus capitis diminutionis, per quam libertas adimatur, ut vulgò nostri sentiunt; sed aliud exemplum magnæ capitis diminutionis, per quam existimatio consumatur. Nam quod subicitur, vel quod plebs in opus metalli, vel in met. allum datur, non est secundum exemplum ejus capitis diminutionis, per quam libertas amittatur, sed tertium magis capitis diminutionis, quæ consumit existimationem. Perinde igitur est, ac si scripsisset Calistratus in secundo exemplo, vel cum aqua, & igni interdicitur; quemadmodum in addendo tertio exemplo scribitur, vel cum plebeius, &c. quid enim refert, an scriptum sit vel, an veluti ad ponendum exemplum? Ita etiam Marc. Lyclam. *supradictò loco.* Id solum mirari quis poterit, cur maximam capitis diminutionem à media non separaret Calistratus, sed utramque jungat, cum utramque vocat magnam? Sed facilis responsio est, ita factum fuisse à Calistrato, quoniam tractabat de consumptione existimationis. Nihil autem interest ad consumendam existimationem, utrum quis maximam capitis diminutionem, an verò mediam patiat: Cum nulla possit esse existimatio illius, qui nè quidem caput habere intelligitur. Aliud igitur est si tractemus de amissione libertatis, aut civitatis, quoniam sunt ista longè diversa, neque confusam unquam debeat: Hæc Antonius Faber, cuius explicationem nunquam potuit subterire, quia eâ reliquit Calistratum sine sensu, & sine ulla decisione. Etiam Rebardus *lib. 3. variar. cap. 5.* interpretari cupiens Calistratum, pro interpretatione emendationem textus nobis tribuit: Sed quia emendationes omnes, quæ non sunt necessitate summa exigente, semper effugimus; idem hanc, quam Rebardus tradidit, judicamus admittendam non esse. Neque Paul. Bostij *lib. 6. subtilit. cap. 2.* sensum admittimus. Neque Petri Fab. *semestr. 2. cap. 21. Roberti 3. sentent. cap. 9. Govean. 2. variar. lect. 1. Vulte. 11. discept. 12. Holom. in comment. ad tit. in. de cap. dem. Marq. Freberij 3. de infam. 4.* neque Marc. Lyclam *d. loc.*

Nostra circa hunc textum, & Calistrati mentem interpretatio toto cælo differt à Cujacii, & Fabri considerationibus: Ab illo, quia nullam admittimus distinctionem inter libertatem naturalem, & juris Quiritium; una enim est, & ea à jure naturali proveniens: Ab isto, quia affirmabimus, deportationem libertatem tolli posse. Itaque dicendum est, deportationem ex sua natura, & regulariter non habere vim amittendæ libertatis: Si tamen propterea gravitatem delicti iudex in sententia deportationis amissionem etiam libertatis imponat, eam non respue-re; quia potest ex sententiam iudicis injungi deportationi amissioni libertatis. Probat hoc apertissime textus in *l. 2. vers. eum autem C. ut nemo privar. tit. præd. suis, vel alien. impon. ibi: Eum autem, qui hoc facere ausus fuerit, aiunt imperatores, si plebeius est, ultimo subâi supplicio; si clarissimus, vel curialis, vel miles, vel clericus proscriptendum, ac portandumque non solum civitate Romana, sed etiam libertate privari censemus. Executoresque hujus legis omnes iudices esse oportere.* Quæ sint vela regia in *tit. l. 2. percipies ex Rebar. do lib. 5. var. cap. 11.* Superior sensus hoc quoque uno, & elegantissimo exemplo declaratur: Per relegationem non amittit bona relegatus, quia ex sua natura, & regulariter relegatio non continet publicationem bonorum (quod secus est in deportatione) si verò de bonis quoque specialiter pronunciaverit iudex, tunc non respuit relegatio etiam amissionem bonorum, imò relegationem etiam bona adimuntur;

admittuntur: *l. relegatus 14. §. 1. ff. de interd. & relegat.* ibi: *Magna differentia est inter deportationem, & relegationem; nam deportatio civitatem, & bona adimit: Relegatio neutrum tollit nisi specialiter bona publicentur: l. deportatorum 7. Codic. de pen. Anton. Fab. in jurisprudent. Papin. tit. 11. princip. 7. illat. 57.* Id ipsum contingit in deportatione, nam quamvis natura sua deportatio non contineat amissionem libertatis; tamen si iudex in deportationis sententia decreverit auferre libertatem deportato non respuit eam libertatis amissionem deportatio: Et de hoc genere deportationis, cui per sententiam iudicis injungitur amissio libertatis, intelligendus est Jurisconsultus Calistratus in *dict. l. cognitionem 5. §. ultim. ff. de var. & extraord. cognit.* quod & denotant verba ibi posita: *id est, cum libertas adimitur*, quia ademptio illa factum iudicis demonstrat: & credimus illa verba sic à Consulto posita fuisse præcisæ, & adæquatæ explanationis gratia, & non exempli causa; ut visum fuit non optimè Antonio Fabro in *rationat. ad l. si quis servulorum 12. §. 1. ff. de religiof. & sumptib. funer.* Si enim damnatio in opus metalli, quæ regulariter adimit libertatem, non tollit illam, quando per errorem iudicis fit hæc damnatio ad tempus: *l. capitalium 28. §. Divus Adrianus 6. ff. de pœnis, Cujac. lib. 5. responsor. Papin. in l. tutor peticus 28. §. 1. ff. de excusat. tutor.* Quid prohibebit, ut per sententiam iudicis gravior ob gravitatem facinoris condemnantis de portatio libertas adimatur? Hac eadem interpretatione condecorandus est Paulus in *l. publicorum 2. ff. de public. iudic.* dum ait, *Capitalia sunt, ex quibus pœna, mors, aut exilium est; hoc est, aqua & ignis interdictio: Per has enim pœnas eximitur caput de civitate.* Ubi notandum est contra Antonium Fabrum *loc. proxime citato*, verbum hoc est, præcisæ, & necessariæ explanationis gratia positum fuisse, non exempli causa: Nam cum *exilium* dixisset Consultus, quod nomen genericum est comprehendens relegationem, & deportationem; & dum deportationem significat, capitale sit; dum relegationem, non item Cujac. *loc. etiam proxime citato*; ut de deportatione *exilium* intelligeretur adhibuit *hoc est*, & verba quæ in textu prosequuntur. Qui textus non parvum facit ad ea que in defensione Cuiac. *sup. adduximus.*

7. Ex superioribus facem lucidissimam accendimus ad difficillimum Papiniani responsum relatam ab Ulpiano in *dict. l. ex facto 17. §. si quis rogatus 6. ff. ad S. C. Trebellian.* ibi refertur hæredem institutum rogatum fuisse hæreditatem filiis suis, vel cui ex his voluerit, restituere: si ipsi hæredi contigerit pœna deportationis, non perdere jus eligendi, *Cui liber factus fideicommissum restitui velit*: Sed quia liber fieri supponit antea servum fuisse, rectè diximus deportationi imponi posse ex accidenti, id est, ex sententia iudicis amissionem libertatis: Et ita ille *versic. cui liber factus*, &c. intelligendus est de eo deportato cui per sententiam iudicis fuit ablata libertas: Nam cum per deportationem quamcumque, etiam si ei non esset apposta ademptio libertatis, sed itrogata tantum pœna simplicis deportationis; deportatus amittat, quoad civitatem Romanam atinet, etiam ea quæ juris naturalis sunt; ut docuimus supra ex *l. si debitor 47. ff. de fidejussor.* electionem hæc Romæ faciendam similiter amittit interim, dum manet deportatus: Et id est, quod denotant verba *liber factus*, & probatur ex text. in *l. cum pater 77. ff. de legat. 1.* Et quod ibi asserit Papinianus *eligendi facultatem non esse pœnâ peremptam*, non illum sensum habet, quod dum in deportatione est, eligere possit; sed hunc alium, quod deportatus quia in integrum restitui

potest ita, ut non tantum à pœna se liberet sed etiam pristina omnia sua jura recuperet: *l. intercedit 59. ff. de condit. & demonstrat.* magis videatur esse suspensa potestas eligendi, quam pœna perempta. His iudicibus, an verum sit in *dict. l. si quis rogatus*, incidisse mendam, ut credidit Cujacius *lib. 3. observat. cap. 10.* ideoque versiculum illum, *cui liber factus*, sic legendum esse, *cui liber factus fideicommissum restitui velit*, ubi causam istius erroris, unde orta fuerit, conatur edocere: Sed ejus labor frustraneus est; cum abque ulla textus emendatione integer & rectus permaneat intellectus Papiniani. Eiusdem facinoris reus est, licet clandestinus, Antonius Faber, qui in *jurisprudent. Papin. tit. 11. princip. 5. illat. 2.* quamvis non dicat se emendare §. supponit tacitè in eo mendam esse, & illum purgat sine nomine Cujacij relatis ejus verbis: *Secundo ex eodem principio fit, inquit Faber, quod idem Ulpianus post Papinianum scribit, in dict. l. ex facto 17. §. si quis rogatus ff. ad S. C. Trebellian. Si quis rogatus fuerit filii suis, vel cui ex his voluerit, re verè hæreditatem; & is deportatus fuerit, non omnino salvam illi esse facultatem eligendi cui liberetur post mortem suam fideicommissum restitui velit, & circa interpretationem d. §. si quis rogatus nos remittit in d. illat. ut videamus quæ ipse scripserit, lib. 7. coniect. cap. ult. & in nullo conjecturarum libro (si immemor non sim) credo de eo §. quicquam scripsisse. Ergo splendidior est nostra interpretatio ad illum versiculum, quam Cujacij, & Fabri emendatio: Falsumque est, quod ipsi supponunt, deportatum, dum in deportatione est eligere posse.*

Graviter tamen in intellectu nostro obstat, *versic. sed si servus ejusdem §.* ubi prosequitur Consultus. Sed si non deportatus, sed servus pœnæ fuerit constitutus nullo ante concepto filio, ille cui data fuerat eligendi potestas, jam parere conditioni non poterit, decessissetque sine libertis videatur: Sed cum decessit, electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, servo pœnæ dari non oportet, quia libertatem amisit: Ergo contat ex eo dari deportato eligendi facultatem, qui semper retinuit libertatem: Nam si servus factus esset; non suspensa, sed extincta illi esset facultas eligendi cum idèd servo pœnæ omnino illa extinguatur, quia efficitur servus: Ergo mendosus est ille versiculus superior *cui liber factus*, & legendus eo modo, quo Cujacius, & Faber eum emendarunt. Hæc difficultas, quæ gravissima est, dissolvitur observando magnam esse differentiam inter deportationem, cui injungitur per sententiam iudicis amissio libertatis; & servum pœnæ, cui ex sui natura injuncta est absque facto iudicis ademptio libertatis: Nullus enim servus pœnæ cum libertate esse potest: Deportatus verò, etsi aliquando servus sit, id non contingit propter naturam deportationis, sed propter gravitatem sententiæ: Itaque cum semper maneat deportatus etsi graviter sententiâ oneratus sit, illius in integrum restitutio potest, & debet sperari, ut ex *dict. l. g. intercedit*, docuimus: Quia omnis deportatus restitui posse speratur: *l. sed si 10. §. sed si per pœnam 6. ff. de in jus vocando Anton. Fab. in jurisprudent. Papin. dict. tit. 11. princip. 3. illat. 1.* & licet servitus illi imposita sit, idèd ex eo extincta non est (ut dixi) hæc eligendi facultas, sed suspensa, donec per restitutionem in integrum liber factus fuerit. Aliter verò servus pœnæ, cujus damnatio ipsa naturâ libertatis ademptio est, non proveniens intrinsicè ut in deportatione, sed ex ipsa damnatione in opus metalli, vel in metallum: §. *pœna servus 3. instituit. quibus modis jus patriæ potest. solvit. l. quod ad statum 19. l. qui ultimo 29. damnatum 8. §. est pœna 4. ff. de pœnis, Donel. lib. 2. comment. juris civilis capite 9.*

Quæ

Quæ quidem servitus durior vocatur aliâ quæcumque servitute ab Antonio Fabro in *jurisp. Pap. tit. 5. princ. 2. ill. 10.* Itaque licet in metallum damnati per indulgentiam Principis restituantur, & possint restitui, *l. 1. §. 1. ult. ff. de sentent. pass. & restitut. l. 2. l. frustra C. eod. tit.* tamen hujusmodi restitui metu sperare non possunt. Faber *dict. illat. 3.* neque credi potest, ut qui tam duram & acerbam damnationem propter facinus perpetratum meruit sufferre, ex illo accidenti possit sperare, nisi rariò Principis indulgentiam. Idèd in hoc genere servorum, quia omnino pro mortis habentur, statim quo sententia lata sit, cum cæteris omnibus etiam facultas eligendi in perpetuum amittitur.

9. Ulterius poterit responderi (etiam admissio, quo equaliter sint servi deportatus, & cui imposita est per sententiam amissio libertatis; & servus pœnæ, seu qui in opus metalli, vel in metallum damnatur) magnam esse differentiam inter casum positum in *princ. §. si quis rogatus*, & inter eum, qui ponitur in *versic. sed si servus* quod in principio datur potestas eligendi quos habuit ante deportationem genitos, vel conceptos; de quibus quem voluerit, poterit eligere, postquam restituitur: quod etiam eodem modo dicendum foret in servo pœnæ, ut notant verba illa *nullo ante concepto filio*; versiculus verò *sed si servus* loquitur de servo pœnæ, qui ante sententiam nullos habuit filios neque conceptos, neque editos; & qui postea nascuntur, eligi non possunt, ex eo quod neque filij sint, ut supra ex *l. ex facto §. ex facto 5.* docuimus: idèd omni ex modo perit ei illa facultas eligendi Et sic lucem accipit splendidissimam text. in *dict. §. si quis rogatus* qui hucusque non nisi nobis sub obscuratam viderat. Sed quæro obiter, nè quidquam intantum relinquamus circa illum textum; cujusnam iudicis libertas oblata fuit? Respondeo, servum fisci fieri; & idèd quidquid acquiserit, fisco acquirere; neque habebit ea, quæ juris gentium sunt, integra, ut cæteri deportati *l. sunt quidam 17. §. 1. ff. de pœnis*: quia is, qui servus est, nihil participare potest eorum, quæ juris gentium sunt, neque sibi quidquam acquirere: *lege servus 61. Digestis de verbor. obligat. §. item vobis 2. instituit. per quas pers. cuiq. acquirat.*

10. Ex eadem ratione decidendi, quam a tulimus supra *num. 7.* pendet etiam explicatio ad textum in *l. ego puto 4. ff. quod met. caus.* ibi hæc scribit Paulus: *Ego puto etiam servitutis timorem, similitumque admittendum*, quibus verbis affirmat, servitutis timorem ad eadem quod metus causa pertinere; non solum ex eo quod libertas inextimabilis res sit, *l. libert. 106. ff. de regul. jur. §. fin. instit. quib. ex caus. manumitt. non licet*; sed etiam ob id maxime, quod servitus morti assimilatur. *dict. l. intercedit 57. in fin. ff. de condit. & demonstrat. l. servitutem 209. ff. de regul. jur.* de quo vide quæ scripsi supra *hoc cap. num. 4.* Quid verò continent sequentia verba *similitumque admittendum*? Quid potest esse simile servituti? nihil certe præter deportationem illam, cui adjungitur per sententiam iudicis amissio libertatis: nam licet deportationis simpliciter sumpta; non ei adhibita libertatis amissione, morti etiam comparetur: *l. actio 65. §. publicatione 12. ff. pro socio l. gallus 29. §. & quid si tantum 5. ff. de liber. & posthum. l. 1. §. pen. ff. de honor. possess. l. si neeem 4. §. si deportatus 2. ff. de bon. libert. non tamen casus illi semper sunt similes ita, ut propter mortis comparationem etiam metus deportationis pertineat ad hoc editum. Itaque, ut dixi, verbum *similitumque* accipit debet de deportatione, qua etiam tollitur li-*

bertas; & hac interpretatione vitamus emendationem Antonij Fabri ad *dict. l. pro similitum* reponentis *similiter*. Sic etiam intelligi & interpretari debet text. in *l. qui cœtu §. qui vacantem 2. ff. ad l. ful. de vi publica* de cujus pleniori interpretatione agemus infra *lib. 5. cap. 7.*

Denique ne in *dict. §. consumitur* aliquid quod notari mereatur sine explicatione relinquamus, docere debemus quid Calistratus sentiat in illis verbis, *veluti cum aqua, & igni interdicitur, qua in personam deportatarum venit*. Mihi videtur (& observatione dignissimum est) Consultum insinuare aquæ, & ignis interdictionem sublata fuisse per deportationis pœnam & hanc in illius locum successisse: *l. peculatus 3. ff. ad l. taliam peculatus l. rei capitalis 2. §. 1. ff. de pœnis. Anton. Faber in jurispr. Papin. tit. 11. princ. 2. in princ. & tit. 16. princ. 1. illat. 3.* quod etiam insinuat Justinianus in *§. publicorum 2. instit. de iudic.* ubi posterior ponit deportationem, quasi per eam sit sublata pœna aquæ, & ignis interdictionis: quia aquæ, & ignis interdictionis pœna & deportatio nunquam simul viguerunt: & idèd postquam dixit libertatem adimi per aquæ, & ignis interdictionem, adhibuit Consultus, per illam solam aquæ, & ignis interdictionem libertatem adimi, quæ in persona deportati contingit: nam antequam deportationis pœna fuisset introducta, nullo modo poterat libertas adimi per aquæ, & ignis interdictionem. Ratio differentie elegantissima, & à paucissimis interpretibus adhuc observata, hæc est: nam aquæ, & ignis interdictionis, quamvis capitalis pœna sit, quia per eam sicut per alia capitalia supplicia eximitur caput à civitate: *l. publicorum 2. Digestis de public. iudic. l. licet capitalis 103. Digestis de V. S.* & per deportationem deportatus ad peregrinitatem reducitur *dict. l. 2. §. 1. l. sunt quidam 17. §. 1. de pœnis*, & ea de causa dicitur in *l. hos accusare 12. §. omnibus vel etiam capitis que servorum pœnis non convenit ff. de accusat.* quia deportatio est capitalis pœna, qua caput delinquentis definit esse in civitate: & idèd hæc pœna non potest cadere in servos quia servi nullum caput in civitate habent: *liberos 3. §. 1. in fin. & seq. ff. de cap. minut. l. nullo 7. ff. ad l. Cornel. de fals. l. quod actinet 32. ff. de reg. juris. l. 1. ff. de jur. delib. Ant. Fab. in jurispr. Pap. tit. 16. princ. illat. 5.* nam ut ipse rectè docet, prius est, ut incipiat quis aliquem statum habere, quam ut eum mutet: *l. si in diem 46. l. Titia usufructus 56. ff. de condit. & demonstrat.* & licet interpretatur versiculus ille apertè, quam ab Osvaldo *l. 8. comm. Donel. c. 10. liter. E sol. mihi 96. §. pag. 2. in fin.* qui ait verbum *capitalis* in *dict. §.* non significare supplicium capitale, sed causam existimationis, veluti relegatio, quæ servis irrogari nequit cujus sensum ait, se percepisse à Petro Fabro *lib. 1. semest. c. 5. fol. 67. & seq. Mutato observat. jur. c. 2. Rebarado ad l. 1. §. ff. de regul. jur. & aliis, quos ibi refert. Neq; pro Osvaldo quidquam facit *l. sed est quis 4. ff. si quis caut.* nam etiam ibi *exilium* pro relegatione esse dicatur, quia vox *exilium* genericum est, comprehendens tam deportationem; quam relegationem; ut ex Cujacio docuimus supra *hoc cap. num. 7. in fin.* Non verò ex eo sequitur verbum hoc *exilium* pro relegatione sumptum dici posse capitale supplicium; quia nullom caput relegatione eximitur à civitate: *l. relegatus §. 1. ff. de interd. & relegat.* neque quidquam quod in civitate habebat, ei perit: *l. relegati 4. l. relegatorum 7. §. sive 3. eod. tit.* Exilium in genere sumptum do, ut significet tam deportationem quam relegationem; tamen illa vox *exilium* si specialiter sumatur pro capitali pœna; impositibile est, ut possit relegationem significare.*

Hæc

12 Hæc obiter circa dict. l. hos accusare 12. §. omnibus, dixisse me non pœnitebit; redeamus nunc ad querendam differentiam inter aquæ, & ignis interdictionem, & deportationem; unde digressi sumus. Caput civicumque duplex est, unum naturale alterum civile: Naturalis capitis amissio dicitur ultimæ supplicium, quod est mors, dict. leg. publicorum 2. ff. de public. judic. l. ultimum 21. l. qui ultimo 29. ff. de penis. Aquæ verò; & ignis interdictione fuit civilis capitis amissio, non tamen statim per damnationem, sed per voluntarium exitum recedendo a civitate: Non enim videbatur ire de patria; sed ipse si mallet civitatem deserere, potius quàm in civitate esse sustinendo pœnam aquæ, & ignis interdictionis in sua voluntate habebat condemnatus: Itaque caput non amittebat, nisi voluntariè recessus à civitate Romana in alia civitate civis recipere. Imò plus affirmari potest, quod quando sua voluntate recedebat à civitate, & in alia provincia recipiebatur, nec tum aquæ, & ignis interdictione dici poterat capitis amissio: Quia is voluntarius exitus dicebatur tanquam profugium supplicij. Ratio est, quia damnatus per istum exitum, modo vitabat supplicium, & fugiebat; cum alioquin liberum esset ei manere in civitate; hæc tantum pœna, vel supplicio oneratus, ut ei carendum esset aqua, & igni, atque etiam tecto, Paul. lib. 5. sent. tit. 2. o. sentent. lege Julia Cicer. in orat. pro domo. Nihilque in id Cicerone clarius esse potest, qui in orat. pro Cecina sic ait: Civitatem aquæ, & igni interdictione, non prius abjudicari, quàm is se in aliam civitatem civem recipi effecisset. Sic non aqua, & ignis interdictione, non exitus interdictione voluntarius est civitate, sed receptus demum civis Romanus in aliam civitatem, civitatis Romana amissio est. Et ex his nunc intelligo quid sibi velit Triphoninus in l. in bello 12. §. manumittendos. ff. de captiv. & post limin. revers. in his verbis: Quia (ut Savinus scribit) de sua quaque civitate cuique constituti facultas libera est, quibus nos monet jure antiquo neque per damnationem effectum fuisse, ut civitate sua civis careret, nisi voluntariè ab ea recedere voluisset. Et sic tandem apud Romanos aliquando per imperium obtinuit quod Cicero pro Cecina dixerat, nempe nulla lege Romæ, neque apud cæteras civitates factum fuisse, ut maleficium ullum exilio, id est, amissione civitatis multaretur: Et hæc circa aquæ, & ignis interdictionis pœnam ita antiquitatis fuerunt observata.

13 Deportatio verò. quæ in locum aquæ, & ignis interdictionis successit, ut diximus supra hoc cap. num. 11. est capitis amissio per damnationem, seu damnationem exilij, quo reducebatur deportatus ad peregrinitatem. Per aquæ & ignis interdictionem non statim adimebatur civitas, vel neque adimebatur quidem, postquam damnatus in sua voluntate habebat, vel in civitate esse si veller, vel ad aliam civitatem transire, si mallet; dum tamen si in civitate remaneret, aquæ, & igni, & tecto semper careret. Deportatio statim adimebat civitatem, quia non poterat esse civis, qui ex natura damnationis peregrinus efficiebatur; itaque statim civitate inivitus privabatur, dict. l. rei capitalis 2. §. 1. ff. de penis l. si quis sic 56. ff. de solut. matrim. l. inter pœnas 6. ff. de interd. & relegat. l. penultim. §. ultim. ff. de var. & extraord. cognit. l. non facile 4. §. ultim. ff. de gradib. & affinib. l. vltim. ff. de cap. min. §. minor, 2. insunt. de cap. diminut. Anton Fab. in jurisprudent. Papinian. tit. 9. princip. 1. illat. 3. Et idè quod Martianus ait in l. & servorum 5. §. ultim. ff. de stat. homin. l. i. Aut expulsa civitate, de ancilla deportata accipiendum est. Ex hac rectissima

differentia, quam ex jure antiquo statuimus inter eos, quibus aquæ, & ignis interdictione contingebat, & inter deportatos, cognoscere quantum à recta jurisprudentia distet. Anton Faber, dum in jurisprudent. Papin. tit. 11. princ. 2. in princ. nimis confidenter scripserit, neminem dubitare, quin per illam aquæ, & ignis interdictionem civitas olim amitteretur: Nam hoc falsum est, ut manifestè docui. Et si verum esset, neminem de illo hucusque dubitasse, non ex eo sequitur, non perillisse quemlibet, qui eam complexus fuit, ut veram, & sine controversia apud omnes receptam, insititissimèque fuisse opinionem. Sicut in futurum hujus rei melior sententia, & affirmemus olim per aquæ, & ignis interdictionem damnato non contigisse civitatis, neque civilis capitis amissionem. His cognoscitur omnino elegantem se præbuisse Jurisconsultum Calistrarum, cum in dict. leg. cognitio-num §. consumitur ultim. ff. de variis, & extraordin. cognit. tot subtilissimas jurisprudentie conspexisset.

CAPUT VI.

Singulari interpretatione explicatur textus in l. ultim. ff. de condict. cau. dat. cau. non secu. & conciliatur cum l. naturalis 5. §. 1. vers. sed si scyphos ff. de presc. verb.

SUMMARIUM.

- 1 Difficultas textus ex diversitate interpretationum ponderatur. Eius species, dubitationes, & decisiones proponuntur. Varij interpretes hanc legem explicantes enumerantur.
- 2 Antonij Fabri ratio, quare non sit emptio & venditio in superiori specie, refertur. Contrarium decidi videtur in l. 5. §. 1. vers. si scyphos, ff. de presc. verb. An possit esse venditio, ubi non convenit de certo pretio. Antonius Faber credit ex contractibus innominatis dari simul conditionem, & actionem præscriptis verbis.
- 3 Antonij Fabri interpretatio ad d. vers. sed si scyphos proponitur. Non omnem pecuniam numeratam pretium esse docet, & quare? Cujacij, Vultei, Retes, & aliorum ratio ad conciliandas, d. ll. refertur.
- 4 Sententia Fabri dicentis conditionem & actionem simul concurrere, non admittitur. Alia ejus opinio asserens in d. l. ult. agi de contractu innominato, reprobatur. Duplex est contractus, nominatus, & innominatus; seu, quod idem est, certus, & incertus. Contractus nominatus, seu certus est quicumque à jure civili nomen habet. Incertus, seu innominatus est, qui nullo speciali nomine appellatur. Contractus incertus loco nominis habet certam demonstrationem, qua cognoscatur esse contractum.

Actiones

Actiones ex contractu, alie sunt certe, alie incerte. Actio incerta nascitur ex regeſta, uti in l. 6. C. de transact. Actio incerta appellatur nomine generis actio præscriptis verbis. Nomen præscriptis verbis convenit etiam actionibus provenientibus ex contractibus certis. Contractus incertus est directus contractus, sicut contractus certus. Ex contractibus incertis nascitur directa actio, & non utilis. Explicatur aliquatenus l. 19. de præscript. verb. l. 27. de pignor. act. §. 2. instit. de locat. & conduct. Contractus innominatus debet esse utroque obligatorius. Actio præscriptis verbis nascitur ex præscripta lege conventionis, cui subſtit causa ad contractum. Non improbat Antonij Fabri emendatio ad l. 6. C. de rer. permutat. Actio directa dicitur ex eo, quod in judicio præscripta est. L. 47. de negot. gest. obiter tangitur. Actio præscriptis verbis omnino est formula continens judicium præscriptum ex contractu. In d. l. ult. probatur non esse contractum ex eo, quod non datur actio præscriptis verbis.

5 Refertur Fabri sententia iterum dicentis, conditionem & actionem præscriptis verbis simul concurrere posse. Ipse seipsum refellere videtur ratione, quam adducit. Male intelligit dict. vers. sed si scyphos l. 4. & seq. l. 7. C. de rer. permutat. Antonij Fabri sententia refutatur. Actio præscriptis verbis ex contractu, & conventionione directa provenit. Quare conventiones dicantur jurisgentium esse? Eius ratio elegans traditur. In conditionibus nulla requiritur intervenisse conventio, sed rei traditio sola. Conditio naturalis ex bono, & æquo nascitur. Explicatur l. 19. §. ult. ff. de precar. l. 9. C. de donat. & l. 24. ff. de reb. credit. Actionem præscriptis verbis cum conditione simul concurrere non posse, ostenditur. In conditione naturali necessario præsupponitur, conventionem non intervenisse, & numer. seq. Male ab Accursio, & aliis interpretata l. 3. C. de donat. l. 55. ff. de donat. inter vir. & uxor. explicatur. Explicatur etiam l. 3. §. 2. ff. de jur. jur. & §. 1. instit. quib. mod. re contrah. obligat. In d. l. ult. de condict. cau. dat. aperte constat non intervenisse contractum.

6 Aliqua Doctoris Retes notantur, & non probantur. Ex qua æquitate naturali nascatur conditio naturalis, traditur. Conditio naturalis delet tantum effectus jurisgentium. Quare hac conditio dicatur naturalis? ratio elegans datur. In contractibus aliud pro alio datur, quod nequit D. Hieronym. de Oroz, de Apicib. Jur. Civ.

sine conventionione. In conditionem idem, quod datur, repetitur. Interveniens conventionione de eadem re reddenda sit contractus incertus, & datur actio præscriptis verbis. Explicatur l. 52. l. 65. in princ. & §. 4. ff. de condict. indeb. In contractibus plerumque lucrum querimus; in conditionibus aamnia semper vitamus. Ratio lucri à rei propria repetitione excludit actionem. In eodem subjecto semper minus cedit majori, ut genus speciei. L. 13. de reb. dub. l. 5. l. 24. l. 21. ff. de fidejussorib. l. 93. §. 3. ff. de solut. l. 3. de separat. ratio redditur.

7 Faber, & alij, qui dicunt actionem præscriptis verbis concurrere cum conditione, reprobantur. Ex l. 5. §. 1. & l. 9. ff. de præscript. verb. probatur debere recedi à conditione, ut datur actio præscriptis verbis. Sæpe disjuncta pro conjunctis accipiuntur. Qui aliud pro alio petit, renuntiat naturali obligationi.

8 Conciliantur dict. l. 5. §. 1. vers. scyphos, & dict. l. ult. In contractibus, qui consensu perficiuntur, initium ab ipso consensu computatur. Idem observatur in contractibus innominatis. In contractibus incertis obligatio incipit à rei traditione. In contractibus omnibus necesse est, ut precedat conventio. Ubi nulla præcesserit conventio, datio ob causam est, & non contractus: & quare? Ex datione tantum nulla datur actio directa, sed tantum conditio, vel actio de dolo. Explicatur l. 7. §. 2. & §. 7. ff. de pact. 9. Prosequitur explicatio d. l. ult. cum dict. vers. sed si scyphos. Traditur vera ratio, quare in dict. l. ult. non est portio emptiois, & in d. vers. sed si scyphos contrahitur permutatio? Explicatur §. 3. instit. de empt. & vendit. l. 8. de peric. & comen. rei vend. l. 11. §. 8. ff. quod vi aut clam. l. 4. §. 3. de in diem adject. cum similibus. & num. 16.

10 Expenduntur, & explicantur verba dict. vers. sed si scyphos. Adducitur l. 5. §. 2. de resc. vendit. In contractu permutationis culpa præstat. Tangitur obiter, leg. 31. §. 11. ff. de ædil. edict.

11 Antonij Fabri conciliatio d. l. ult. & vers. sed si scyphos proponitur, & reprobatur. Pecunia tanquam res mobilis valde fragilis est. Osuvaldi aliud genus conciliationis, dict. ll. refutatur.

12 Acriter objicitur text. in l. 3. §. quinimo 4. ff. de condict. cau. dat. cau. non secu. Eius difficultas proponitur, & declaratur. & verba vivo servo transcrita, l. 5. §. 2. de præsc. verb. & num. 14. Verba d. §. quinimo referuntur, & ponderantur, ut valde repugnantia prædictis.

13 dict. §. interpretationem impossibilem esse restatur Anton. Faber.

L. An

- An conventio dabo, ut facias sit contractus incertus, an pactam nudum?*
Quatuor sunt genera contractuum innominatorum, & quae sint illa, edocetur.
Cujacii explicatio ad dict. §. quinimo reprobatione efficaci.
Animus paciscendi non sufficit ad contrahendum.
Pactum nudum nullo accidenti potest converti in contractum.
Ex inutili stipulatione non datur utile pactum, & quare?
- 24 *Datur res ita interpretatio dict. §. quinimo.*
Ut contractus sit innominatus, omnino debet praecedere conventio.
In incertis contractibus obligatio oritur ex rei traditione, & retrotrahitur ad tempus conventionis.
Quid sit conditio certi in l. 9. de reb. cred. princ. instit. de V. O.
Quaritur in d. §. quinimo. quare promittenti pecuniam non datur actio praescriptis verbis contra dominum Stichi?
Et de contra, quare contra promissorem pecunia datur illa actio dominum Stichi?
Utriusque dubitationis rationes redduntur.
Pro mortuo habetur servus, qui manumissus est.
Quare in d. l. §. 2. de praescript. verb. dicitur, vivo seruo transierit.
Pecunia genus est omnium rerum, ideo non perit.
- 25 *Explicatur l. 5. §. 2. ff. de resc. vendit. & adaptatur ad d. §. quinimo.*
Moderatur strictum jus d. §. 2. ex l. 11. §. 6. ff. de action. empt. qui explicatur, & num. seq.
In emptione, & venditione datur conditio, si repetatur tantum res, quae data est.
Eiusdem generis est decisio l. 25. ff. de act. rer. amotar.
In omnibus contractibus quamvis convenerit de alia re reddenda, quam quae data est, conditio dari potest.
Explicatur l. 10. l. 33. ff. locati. l. 34. ff. de usufruct.
In omnibus his contractibus agi potest actione utili ad distrahendum contractum.
Sine distractione contractus condici posse rem, quae data est, contra Antonium Fabrum statuitur.
Qua differentia posset observari inter illam actionem utilem, & conditionem: ostenditur.
Circa superiora non admittitur explicatio Doctoris Retes.
- 26 *Non licet emptorem, & venditorem penitere apertè de emptione, & venditione contracta.*
Si res vendita sine dolo perierit apud venditorem, datur emptori conditio causa data, &c.
Contractus bonae fidei non permittit conventionem, ut emptor rem amitteret, & pretium venditor retineret.
An sine venditione id fieri possit, negativè respondetur.
Quare ante traditionem dicatur commodum & periculum rei empti ad emptorem transire?
Ipso iure nunquam potest revocari emptio, & venditio; sed ex aequitate.
Quare emptio, & venditio dicatur magis facti esse, quam juris?
Quare in d. l. ult. de condit. cau. dat. dicitur portio emptionis, quando pretium numeratur, & Stichus non traditur?
Cujacii explicatio circa periculum rei venditae reficitur.
- 27 *Quando dicatur emptio perfecta, demonstratur.*
Conciliantur d. l. 11. §. 6. de act. empt. & l. 53. & 57. de contrah. empt.
In l. 8. ff. de resc. vendit. quid significant verba emptionem perficere.
Emptio, & venditio ex conventionem dicitur perfecta, non verè, sed interpretative.
Qui actionem habet, rem ipsam habere videtur, ex l. 15. de regul. iur.
Minus est habere actionem, quam rem, leg. 204. eod. tit.
Causa domini non est etiam dominium, sed inest tantum dominio.
Dominium non inest sae causa, sed per se ipsum est.
Causa domini, & dominium ipsum quid sit?
- 28 *Objicitur, causam non posse esse sine suo effectu, neque emptionem sine traditione.*
Illi difficultati satisfacit abundè
Causa nunquam fuit, nisi effectus secutus fuerit.
Nunquam videtur fuisse emptio, & venditio, nisi merx aliquando sequuta fuerit.
Id quod interest, in locum mercis cedit.
Facilius est revocare emptionem, & venditionem ante traditionem mercis, quam postea.
Aequitas idem potest operari, ac ipsa conventio.
- 29 *Res vendita ante pecuniam traditionem perinde est, ac si nunquam vendita esset.*
Conditio, seu causa utilis, nisi causa, seu actio directa obliteretur, nihil potest operari.
Conciliantur Iustinianus in §. 3. instit. de empt. & vendit. & Paulus in l. 14. ff. de peric. & comm. rei vendit.
20. *Deducitur argumentum de contractibus nominatis ad innominatos.*
In contractibus innominatis is, qui Prius dedit, penitere potest.
In dict. §. quinimo de directa causa loquitur Ulpianus.
Diversum observatur ex aequitate.
An dominus servi mortui exceptione removere possit eum, qui pecuniam condidit.
Explicatur l. 11 §. ult. de act. empt. l. 33. ff. locati. l. 8. §. final. ff. mandati l. 84 §. 5. ff. delegat. 1. l. ult. §. 2. ff. quod vi aut clam l. 10. C. de condit. ob. cau. dat.
21. *Contra explicationem d. §. quinimo, obstat valde l. 5. §. 3. ff. de praesc. verb.*
Factum non est idonea causa introducenda obligationis ad dandum.
- 22 *Explicatur abundè d. leg. §. 3. ff. de praescript. verb.*
Conventio, cui subest causa, contractus est, licet nomen non habeat.
Traditur ratio, quare ex conventionem facio ut des, nulla datur actio civilis?
Traditur definitio cause.
Causa debet esse aequalis ad alterum obligandum.
In contractibus ex consensu minus obligatio est causa alterius obligandi.
In aliis contractibus datio unius, est causa obligationis alterius dandi, vel faciendi.
Datio par causa est ad inducendam obligationem dandi, vel faciendi.

Factum

- Factum minus est, quam datio: Dationi factum inest, non contra.*
Dationes rerum à jure gentium esse caperunt.
Datio juris gentium directa est facta nudo jure naturali remanserunt.
Facta pro datione sunt, quando utilitatem alicui afferunt.
Explicatur l. 72. de V. O. l. 13. §. 1. in fin. ff. de re judic.
De factis nulla certa aestimatio esse potest, de rebus ipsis potest.
Explicatur l. 63. ff. ad l. falcid.
Facta formali praesio aestimantur, & quid sit formale pretium?
L. 61. §. ult. & l. seq. ff. ad l. falcid. l. 33. ff. ad l. Aquil. adducantur.
Causa faciendi non sufficit ad inducendam obligationem dandi.
Probatum sententia Fabri dicentis ex conventionem facio, ut des, non nasci actionem.
Reprobatur ejus sententia dicentis, idem esse in contractu facio, ut facias.
Distinguitur utriusque datur, & l. 5. §. 4. ff. de praescript. verb. explicatur.
L. 6. §. ult. l. 36. de negot. gest. obiter tanguntur.
- 23 *Ex conventionem facio ut des non constituitur contractus; & quare datur actio de dolo?*
Explicatur text. in l. 4. C. de dolo l. 26. §. 3. ff. de pact. dotatib.
Tangitur l. 11. in fin. l. 4. §. 16. ff. de dol. mal. & met. except.
Facta pro infectis haberi non possunt; & quomodo restituuntur.
Intellectus Doctoris Retes circa dict. leg. §. 3. de condit. cau. dat. non admittitur.
- 24 *L. 15. de praesc. ver. non facere contra nostram sententiam ostenditur.*
Vera ejus species proponitur: & verba, quae res non facit eos fures, explicantur.
In l. 4. §. ult. ff. de condit. ob. turp. cau. verbum inditium explicatur.
Hoc inditium quomodo promittebatur, ex Apulejo & Patronio traditur.
Verbum solet quid consuetudine inductum significat.
Quare in l. 25. in fin. de legat. 1. non repetitur legatum solutum personis incertis.
L. 1. de proxenetis adducitur.
- 25 *In dict. l. 15. non esse conventionem faciam ut des, probatur ex sine legis.*
Deductio Doctoris Retes, & aliorum ex dict. l. 15. refertur, & refellitur.
Neque ex l. 39. de legat. 2. l. 23. comm. divid. l. 13 §. l. ult. commodati §. 2. instit. de pupillar. solbitur. probatur sententia superiorum, octorum, & num. 27.
Jurisconsultorum existimatio in dict. ll. integra servatur, & num. 7.
- 26 *In dict. l. 15. intervenit conventio, dabo ut indices, ut in dict. §. quinimo.*
Index non statim indicat, sed dicit se scire, ubi servus abscondatur.
Explicatur l. 48. §. 1. ff. de furt.
Si per dandi conventionem incipiat contractus, nihil nocet, quod prius fiat, quam datur, & num. 28. & seq.
- 27 *Diversi sunt casus l. 5. §. 3. & l. 15. ff. de praesc. verb. cum l. 6. C. de transact.*
D. Hieronym. de Oroz. de Apicib. Iur. Civ.
- Contractus incertus est contractus bonae fidei formam accipiens à conventionem.*
Crescit difficultas contra dict. §. quinimo eaque dissolvitur.
In Contractibus incertis post secutam traditionem omnia computatur ex conventionem.
In omnibus contractibus initium spectatur, non eventus.
Religiosè explicatur dict. §. quinimo.
- 28 *Interpretatur l. 6. C. de transact.*
In illa lege conventio incipit à promissione dandi.
Illius textus verbis non potest adaptari contractus facio, ut facias.
- 30 *Doctor Retes non agnoscit differentiam inter contractus incertos, & qui re perficiuntur.*
Illius verba ad litteram referuntur.
- 31 *Aliud genus explicandi superiora ab eodem asseritur, & ad litteram scribitur.*
An contractuum incertorum natura, incerta sit, & ex lex, ut Retes voluit.
- 32 *Duo ut verissima ab eodem Authore referuntur.*
Primum: in contractibus innominatis, & qui re perficiuntur, non dari differentiam.
Secundum: quod contractus innominati re inchoentur.
Utraque sententia refutatur.
In contractibus, qui re perficiuntur, nullus requiritur consensus.
Explicatur l. 3 §. fin. cum l. seq. ff. ad Macedon. l. 132. de V. O. l. 47 §. 1. de fidejussor. l. 1. §. 14. ut leg. seu fideic. cau. caveat. l. 4. quae res pignori dari possit. l. 9. §. 2. qui potior in pign. habeat. l. ult. §. ult. ff. ratam rem habet. l. 30. de reb. cred.
An qui dedit, donasset, vel non; positum est in voluntate ejus, qui dedit.
Explicatur l. 52. §. 1. ff. de V. O.
Ut repetatur res data absque lucro, sufficit traditio ipsa rei sine consensu.
- 33 *L. 32. ff. de reb. cred. elegantissimè interpretatur.*
In contractibus, qui re perficiuntur, non requiritur consensus.
Conditio nascitur sine consensu ex rei traditione sola.
Ubi dissensus ad contrahendum est, datur conditio.
- 34 *In contractibus, qui re perficiuntur, requiritur consensus ad eos inter se distinguendos.*
Verba dict. l. 32. hoc enim nisi inter consentientes, &c. explicantur.
- 35 *Alia sententia, quod contractus innominati re perficiantur, impugnat.*
An probent sententiam superiorem l. 11. ff. qui potior in pign. habeant. & l. 3 §. ult. & l. seq. ff. ad S. C. Maced.
Objectio, quae fit ex l. 1 §. 2. de rer. permut. diluitur, & §. explicatur.
In contractibus incertis si non retrotrahatur obligatio, ad nihilum deseruit conventio.
Sine consensu aliud pro alio peti non potest.
Conventio omnino dat formam contractui.
Quare in lege 33. lege 45. Digestis de pact. lege 27. Digestis de inoffic. testament. lege 17. Codice de transact. lege. Codice de pact. convent. dicitur pactum transactionis permutacionis, divisionis causa factum.

L. 2 Qua

Qua ratione contractus incertus aliquando dicitur pactum, seu pactio, vel conventio, ut in l. 48. Digestis de pact. lege 15. ff. de præsc. verb.

An contractus, qui non sunt consensu, sic alique in loco appellantur.

36 Superiora etiam in contractibus nominatis sub conditione iniuncta observantur.

Dum adimpletur conditio, sola spes est debitorum iri.

Nemo ex contractu obligatur, nisi propter suum proprium consensum.

Explicatur l. 26. de stipular. servor.

Contractus innominati sunt veluti conditionales.

Quare in donationibus non spectetur initium, sed tempus traditionis?

Explicatur l. 22. l. 3. ff. de mort. cau. donat. l. 15. de manumiss.

37 Quare conventio de re sua sibi danda non valeat neque faciat contractum?

Explicatur l. 87. de verbor. obligat. l. 14. § 2. de except. rei judic. l. 3. §. 4. de acquir. possess. l. 156. de regul. jur. §. 23. instit. de inutilib. stipular.

Cujacii sententia afferentis, regulam Catonianam pertinere ad contractus, refutatur.

Anton. Gomez reprehensus à Retes ex eo, quod dicat, in permutatione respici tempus conventionis, laudatur.

Ipse Retes cum aliis contrarium sentientibus refutatur.

Qui gabellarius est tempore conventionis permutationis, percipit gabellam, etsi alius fuerit gabellarius tempore traditionis.

Actio præscriptis verbis directa est, non potest esse utilis.

Difficultatem hujus leg. ult. ff. de cond. cav. dat. cau. non secut. facile percipies, si perlegeris Oluvaldum lib. 14. comment. Dovel. cap. 21. liter. D. ubi diversorum interpretum varios intellectus congerit, simulque refutat; neque postea ipse felicior extitit in percipienda mente Jurisconsulti Celsi. Fingimus speciem textus: dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; quaeritur, an species emptionis sit? negativè resolvit Consultus, & respondit dicendo, quod ipse proclivior sit ad credendum nullam aliam obligationem in ea specie esse, quam ob dati re non secuta: & ex hac decidendi forma deduci hanc consequentiam: si postquam dedi pecuniam, antequam vicissim mihi dares Stichum, ille mortuus fuerit; pecuniam, quam tibi dedi, repetam: quod idè tibi dedi, ut Stichum mihi dares. Contrariam fingit speciem in vers. finge quæ talis est: dedi tibi pecuniam, & mihi tradidisti Stichum, qui non erat tuus, sed alienus; an possim non obstante, quod mihi Stichum tradidisti, à te pecuniam, repetere? Et Jurisconsultus respondit repetere posse; motus illà ratione, quia Stichus non fuit factus accipientis ex eo, quod dominium ejus tradentis non fuerat. Denique quaerit quid dicendum sit, si Stichus fuerit dantis; & tamen pro evictione ejus promittere non vult? respondit etiam in hoc casu à me pecuniam repeti posse. Hæc est species, quæ proponitur per Jurisconsultum Celsum in dist. l. ult. Varias circa illam interpretationes interpretes afferunt, ut videre est apud Antonium Fabrum lib. 5. conjec. cap. 10. & in varional. ad dist. l. & ad l. Julianus 9. §. Marcellus 4. ff. ad exhibendum, Jacob. Cujac. lib. 23. observat. cap. 29.

& lib. 2. quest. Papin. in l. si tibi decem 7 ff. de præscript. verb. Pichard. in §. item pretium 4. instit. de empt. & vendit. num. 13. & seqq. Vinc. Cabotius 1. disp. 29. Corrat. 2. miscel. 9. Fortun. Garcias ad l. juris gentium in princ. num. 17. Forcatu l. dial. 49. n. 2. Lactus in 2. part. antimon. diss. coll. 1. Joan. Vvillembechius disp. 35. num. 21. Arias Pinel. Petr. Augustin. Marc. Ly-claona, & alios plurimos, quos adducit noviter Doctor Joseph Fernandez de Retes vespertinæ legum cathedra in Salamanticensi Academia moderator ex merito lib. 2. epus. cap. 2. num. 2. & seqq. usque ad n. 5. omnes tamen parum felices.

Antonius Faer jurisprudentiæ honor præcipuus, & ornamentum non vulgare, supradictis in locis subtilissimo ingenio quaerens, quæ ratione non sit emptio, & venditio; cum dedi pecuniam, ut Stichum mihi dares: hanc dubitandi rationem præfert. In hac specie, quam Jurisconsultus traçit, quia ex una contrahentium parte intervenit res, & ex altera traditur numerata pecunia; adeo similis est conventio emptioni, & venditioni, in qua necesse est, simul utrumque intervenire: l. 1. ff. de rer. permutat. l. 1. ff. de contrab. empt. ut Paulus Jurisconsultus affirmativè scribat, illum esse contractum emptionis, & venditionis in l. naturalis 5. §. 1. ff. de præscript. verb. l. 1. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio & venditio est: Ergo debet habere vel omnia, vel saltem plurima similia emptioni, & venditioni; & non dissimilia, qualia sunt ea maxime, quæ in dist. l. ult. Celsus scripta nobis reliquit. Nam & cæteri contractus innominati, aliquam habent similitudinem cum emptione, & venditione; multa ex ejus natura mutantur, ut videri potest in permutatione: l. Aristo. 2. ff. de rer. permutat. l. si gratiam 17. §. si rem 2. ff. de præscript. verb. l. 1. & 2. Codic. de rerum permutat. Hanc dubitandi rationem ad dissolvere possit, prius præsupponit ea, quæ verissima sunt, & postea deducit ea, quæ vel falsa omnino, sunt, vel sine dubio divinatoria: Ait enim non posse validam esse emptionem, & venditionem, nisi contrahentes de certo precio conveniant; § cum autem 3. instituit. de empt. & vendit. l. 1. l. 2. §. 1. ff. de contrab. empt. l. 1. Digestis de rerum permutat. quia substantia hujus contractus emptionis, & venditionis consistit ex pretio: l. pacta conventa 72. vers. Paulus notat ff. eod. tit. Licet contrarium novissimè docet subtilissimus, & elegantissimus, DD. Michael de Luna lib. sing. sect. c. 5. §. 1. per tot. Itaque licet pretium emptionis, & venditionis in pecunia numerata, & taxata esse debeat, Justinian. in princ. instituit. versio pretium autem, & §. item pretium 3. eod. tit. non tamen ex solo, quod interveniat pecunia numerata, quæ pro re vendita detur, statim dici debet emptionem, & venditionem esse contractam: Neque enim pretium esse potest, nisi id demum, de quo inter contrahentes convenit, ut sit pretium. Et ea de causa ait, contractum hunc, de quo agitur in d. l. ult. ff. de condit. cav. dat. cau. non secut. non esse emptionem, quia non convenit de pretio; neque pecuniam numeratam datam fuisse, ut pretium, sed ut quantitatem, & idè esse contractum innominatum, ex quo datur conditio, & etiam actio præscriptis verbis. Quibus docet Faber, actionem præscriptis verbis concurrere posse cum conditione: Quod quam falsum sit, postea apparebit.

Et quia totum hunc Antonij Fabri sensum evincere videtur Jurisconsultus Paulus in dicta lege naturalis quintus Paragrapho primo ff. de præscript. verb. qui in simili specie emptionem, & venditionem esse affirmativè resolvit; sic Faber illum interpretatur dicendo

dicendo; quod in dist. §. 1. dicatur emptionem & venditionem esse, quando pecuniam do, ut accipiam rem; id intelligendum esse præsuppositis terminis habilibus, l. tutor 35. §. 1. ff. de jur. jur. id est, si conventio de pretio præcellerit, aut ea pecunia data fuisset ut pretium; nam ut dixit omne pretium consistit in pecunia numerata; non verò omnis pecunia numerata è converso pretium est: sic Faber. Ulterius Cujacius dist. lib. 23. observat. cap. 29. & Bultcius in §. ult. instituit. mandati, num. 17. aiunt duplici ratione non esse venditionem. Prima, quia pecunia non ut pretium, sed ut species, ac corpus intervenit: hæc ratio utrique Doctori est communis. Secunda, quia hoc actum fuit, ut dares; id est, ut meum faceres. Refert Forcatulum, & Duarenum Oluvaldus lib. 13. comment. Dovel. cap. 1. liter. 6 & omnes in quorum numero est etiam Doctor Joseph Fernandez de Retes dist. loc. affirmant illum de quo in dist. l. ult. agitur, esse contractum innominatum, non verò emptionem.

4 Sed subtilissimo viro Antonio Fabro non possum consentire circa duplicem ejus propositionem, nempe, quod in dist. l. ult. species, quæ referuntur, sint contractus innominati; qui error ab omnibus substatinetur: deinde, quod in dist. l. cum conditione concurrat etiam actio præscriptis verbis. Utraque etenim propositio falsa est, & eisdem rationibus impugnanda: & ut hoc feliciter consequi valeamus, notandum est cum Ulpiano in l. actionum 25. §. 1. ff. de obligat. & action. omnes actiones esse ex contractu, vel non contractu Duplex est contractus, nominatus & innominatus, vel (quod idem est) certus, & incertus: certus, seu nominatus contractus est, qui proprium nomen habet proditum à jure civili apud quemque populum: incertus, seu innominatus contractus dicitur; qui certum nomen non habet, sed tantum habet, quod inquit nominis est, certam aliam demonstrationem, qua cognoscatur contractum esse; l. jurisgentium 7. §. 1. & seq. ff. de pact. l. certi 9 ff. de reb. credit. l. & uno 18. ff. de acceptilat. l. 1. vers. alioquin, ff. de rer. permutat. Hæc ipsa distinctio contractuum certorum, & incertorum facit, ut actiones ex contractu alie sint certæ alie incertæ; certæ, ut actio empti, venditi, locati, conducti, & cæteræ ex contractibus nominatis provenientes; incertæ, quia nomen non habent, sed loco nominis præferunt propriam demonstrationem, quæ rem gestam declarant, l. cum nota 6. in fin. C. de transact. l. i. Aut si omnia verborum obligatio est; utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est: ut quæ hæc incerta actio explicatur nomine generis in singulis actionem specibus, & appellatur actio præscriptis verbis: quod nomen etiam convenit omnibus actionibus, quæ proveniunt ex certis, & nominatis contractibus; quia æque omnes dantur ex præscripto contractus; id est ex certa lege, seu conventionem l. si fundum 2. C. de pact. inter empti, & vendit. composuit. Cum enim actionem empti, & venditi, & cæterorum contractuum nominatorum dicimus; nihil aliud, quam verbum contractus, ex quo ea actio oritur, præscribimus; id est, nihil aliud facimus, quam referre nomen quo conventionem propriam cujusque contractus demonstramus: sic enim de multitudine contractuum conventionem suo speciali vocabulo discernimus, Laëtant Firmian. lib. 1. divin. inst. Nec opus est (inquit) proprio vocabulo, nisi cum discrimen exigat multitudo, ut unamquamque personam sua nota, & appellatione designet, non tamen vocamus illam actionem actio præscriptis verbis, sed nomine proprio, ut discernamus ex quo contractu

illa actio specialiter nascatur. Cæterum, contractus incertus dicitur proprie, & directè contractus, ex quo propria; & directè oritur actio; quasi ex novo quodam peculiari, & proprio negotio cæterorum omnium dissimili, & separato à reliquis civilibus negotiis: leg. 102. §. 19. ff. de præscript. verb. l. pretenti 27 ff. de pignorat. act. §. præterea 1. instituit. de locat. & conduct. Itaque in natura contractuum contractus innominati conveniunt cum contractibus nominatis, cum ex illis, sicut ex illis ultro citroque obligatio sit; alioquin non essent contractus: l. g. Lubeo 19. ff. de verbor. signific. Unde aperte cognoscitur falsam esse explicationem Besoldi in delibatis juris l. 2. part. cap. 13. dicentis contractus innominatos non habere certam speciem conventionis. Denique, actio præscriptis verbis nascitur ex ipso genere contractus, seu præscripta lege conventionis cui subit causa ad contractum; ex eod. dicta, quod directè, & in judicium præscripta sit: nam judicio demum judici à Prætorè distando valet actionem directam, vel præscriptis verbis esse. l. actio 47. ff. de negot. gest. & hac ratione mox Antemius Faber de error pragmat. dec. 83. err. 5. non improbabili meo videri pro incertam legit. incerti, in l. in rebus 6. C. de rer. permutat. Itaque præscriptis verbis actio omnino est formula ex contractu judicium præscriptum continens, dist. l. cum nota 6. C. de transact. l. si dominus 8. ff. de præsc. verb. quod adnotare videtur Vacon. l. 1. cap. 26. num. 4. & seq. Ex quibus constat, quod si in specie d. l. ult. ff. de cond. cau. dat. cau. non secut. fuisse contractus innominatus, danda esset actio præscriptis verbis, non conditio naturalis: ergo ibi non fuit initus ullus contractus.

Neque Fabrum juvat dicere, hanc conditionem naturalem cum actione præscriptis verbis concurrere posse; & ideo licet dicat Consultus dari conditionem, non negare dari etiam actionem præscriptis verbis: quia licet videatur (ut ipse Faber fatetur d. dec. 83. err. 5. eo ipso, quod detur actio præscriptis verbis, excludi conditionem ob causam dati: sicut enim non nisi conditio certi esse potest, ita cum actione incerti concurrere non potest: l. 1. §. ult. ff. de rer. permutat. l. quoniam 5. C. eod. tit. l. si tibi 7. ff. de rebus 17. §. Papinianus, aliàs si rem tibi ff. de præsc. verb. l. ult. ff. de cond. cau. dat. cau. non secut. tamen non ita est: nam imò verò potest eodem casu & actio præscriptis verbis, & conditio ob rem dati re non secuta locum habere, licet non ad idem, sed ad diversa: l. naturalis 5. §. 1. ff. de præsc. verb. l. cum precibus 4. & seq. l. emptionem 7. C. de rer. permutat. Hæc Faber; ex cujus dictis consequens est; contractum innominatum factum fuisse conventionem illa, quæ intervenit in d. l. ult. quamvis ipse paulò inferius aliter eam explicet; licet non feliciter, quid sibi velit, quando dicit, posse actionem præscriptis verbis cum conditione causa data, causa non secuta concurrere. Hæc omnia ex Fabro adducta subsistere non possunt, neque illum (ut dixi) juvant: nam actio præscriptis verbis ex contractu, & præcedente conventionem competit; quando convenit, ut ipsa res, quæ data est, reddatur, aut æstimationo ejus (de quo vide quæ dicemus infra lib. 3. c. 5. num. 3. & seqq. præcipue num. 13. ubi colliguntur quæ in superioribus dicta sunt circa hanc rem) aut aliud reddatur, quam quod datum est, leg. penult. ff. de præscript. verb. idque manifestum est ex conventionibus, quæ omnino dant formam contractibus. Hæc conventiones dicuntur jurisgentium, dist. leg. jurisgentium 7. ff. de pact. quia eum jure profectæ sunt, & inductæ ea ratione, quod frustra, aut iniquè dominia distincta

essent jure gentium, nisi conventiones simul introductæ essent quibus inter nos agi posset, ut quod tuum est ad meam potestatem veniat: quod fieri non poterat, nisi ex animo, & sensu, & cujuscumque fieret. In conditione verò causa data causa non secuta, vel quacumque alia conditione naturali, conventio præcedens nulla necessaria est, cum absque illa sufficienter dicat æquitas naturæ, ne quis cum alterius jactura locupletetur, *l. nam hoc 14 ff. de cond. indeb.* imò hoc amplius est, ut in conditione naturali necesse sit ita conventionis oblitisci, ut præsumi debeat nullam conventionem præcessisse ad hoc, ut conditio hæc possit exerceri, ut pluribus docebo infra *lib. 3. cap. 5. num. 3. cum seqq.* itaque cuilibet ad repetitionem rei suæ actio civilis non est necessaria, quia sufficit conditio utilis, ubi non proficit actio præscriptis verbis; quæ quidem conditio utilis ex bono, & æquo oritur, non ex contractu: *l. hæc conditio 66 ff. de cond. indeb. l. 1. §. 1. & seq. l. nihil refert 4. ff. de cond. sine cau.* Ulterius, omnis actio præscriptis verbis incerti est, ut in simili specie, in *l. ut inter 3. in fin. C. de inutil. stipulat. l. duo 19. §. ult. ff. de precar. ibi: Cum quid precario rogatum est, non solum interdito nisi possumus, sed & incerti conditione id est, præscriptis verbis. l. legem 9. C. de donat. at hæc actio, quæ vulgò conditicia appellatur, semper certi est, *l. si quis certum 24 ff. de reb. cred. ergo concurrere non possunt* Et idem maximo cum seclere Accursius, & qui eum sequuntur in *l. quoties 3. C. de donat. que sub modo, & in l. uxor marito 55. ff. de donat. inter vir. & uxor.* conditiciam actionem interpretantur actionem præscriptis verbis. Quam interpretationem convincent text in *d. l. si quis certum, l. si duo 13. §. idem Julianus 2. ff. de jur. jur. §. is quoque 1. in fin. quib. mod. re contrahit. obligat.* Ad transferendum dominium, quod jure gentium introductum est, obligatione juris gentium, id est civili, qualis est præscriptis verbis, opus est, ad revocandum verò dominium, vel dationem, & restituendum suo loco, sufficit jus naturale, quo videatur: nulla unquam fuisse translatio dominij, & rei datio; idque consequitur conditione naturali: ergo liquido constat in *d. l. ult.* non fuisse celebratum contractum, sed tantum rei dationem ob causam intervenisse: & ea de causa à Jurisconsulto non fuisse datam actionem præscriptis verbis, sed tantam conditionem.*

6. Immorari nolo in impugnando intellectu *d. l. ult.* quem adducit Doctor Reteres supra dicto loco (licet temperare non poterò, ut ex eo aliqua adducam attentè notanda) eum probet is, cui placuerit; sufficiat enim nobis mentem nostram aperire, ut ab eo etiam judicemur. Ad hoc, ut conditio hæc naturalis detur, non est necesse (ut dixi) præcessisse aliquam conventionem, quia conditio solum oritur ex ea æquitate naturali, ne quis cum alterius jactura locupletetur; aut ex alia ea æquitate, quod naturæ conveniens sit, ut reddatur id, quod vel non ex justa causa ad aliquem pervenit, vel ex justa quidem pervenit, quæ tamen ad non justam causam rediit: imò in omni conditione naturali necesse est, ne conventionem quidem intervenisse videatur. Nihil enim conditio naturalis efficit, nisi ut deleat effectum juris gentium, & in integrum restituat opus juris gentium; dum dationem illam, quæ jure gentium facta erat, ad pristinum locum, & statum, quo facta non erat, redigit: & idem dicitur conditio naturalis, quia, jus gentium obliterando & delendo traditionem rei, quæ facta erat, eam extinguit; & jus naturale, quo datio illa nulla fuerat, quia sequendum illud jus omnia omnium communia erant,

quadam postliminij similitudine ad nullam dationem, & ad antiquam illam bonorum communionem, quæ inter omnes homines erat, revocat & restituit, facit text. in *l. si quod 64. ff. de cond. indeb.* Hæc ratio conditionis naturalis verissima summopere notanda est, ut cognoscatur differentia ejus, & contractuum; in his enim aliud pro alio datur (nisi conventio præcesserit de re sua reddenda, nam tunc etiam actione præscriptis verbis agi potest, non tamen necesse habetur ea uti, cum sufficiat conditio naturalis, ut dicemus infra loco *super. num. citato*) quod non potest fieri nisi conventionem, & partium consensu interveniente: in conditione verò eadem res repetitur, quando ob rem datur, quæ secuta non est: *l. damus 52. l. in summa 65. in princ. & §. quod ob rem 4. ff. de cond. indeb.* In contractibus plerumque propter conventionem lucrum querimus; in conditionibus damnum vitare tantum curamus: quod consequemur, quoties rem, quam dedimus, recuperamus. Ratione lucri in contractibus rem, quam damus, commutare pro alia volumus; cum specialiter id agimus, ut nobis non reddatur res ipsa data, sed aliud pro ea: itaque quia id plus volumus, quam habere rem nostram; ratio illa lucri nos à rei nostræ repetitione excludit. *l. si sine 22. ff. ratam rem haberi.* Quæ juris ratio in omnibus juris arcaulis perpetua est, quæ efficitur, ut in eodem subiecto minus cedat majori ut genus speciei, *l. in omni 80. ff. de regl. jur.* exempli gratiâ, sive fidejussor debitori, sive debitor fidejussori succedat, principalis obligatio superest; & altera, quæ manus est, extinguitur, & principali cedit: *l. si reus 13. ff. de reb. dub. l. generaliter 5. l. cum reus 14. l. hæres 21. ff. de fidejussor. l. si duo 93. §. sed et si reus 3. ff. de solut. l. debitor 3. ff. de separata.*

7. Ex his apparet manifestè, & inferius plus apertius apparebit, dum ad *tit. de præsc. verb.* commentarium conscripserimus toto *lib. 8. & præcipue cap. 4.* non bene Fabrum, atque alios juris interpretes affirmare hanc conditionem naturalem, & actionem præscriptis verbis concurrere posse: id enim perinde est, ac si dicerent, principalem obligationem & fidejussoriam in fidejussoris debitore, sive in debitoris fidejussore, hærede existente, concurrere posse: & id est, quod Paulus docet in *l. naturalis 5 §. 1. de præsc. verb. ibi: In qua actione id venit, non ut reddas, quod acceperis; sed ut damneris mihi, quanti interfit mea illud, de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.* Quibus verbis aperte demonstratur, à conventionem recedi debere ad hoc, ut conditio detur; & illam cum actione præscriptis verbis non concurrere satis demonstrat disjunctiva vel ibi posita. Ita & Papinianus in *l. ob eam causam 9. cod. tit. ibi Judicis officio non verus obligatio restituitur, sed præmissa præstabitur:* neque in his locis, sicut in aliis in jure sæpè contingit: *leg. sepè 53. ff. de verb. significat.* disjuncta pro conjunctis accipiuntur. Et si Pauli, & Ulpiani mens circa hanc rem tam aperta & manifesta non esset; ratio tamen hæc apertissima ad id credendum nos evidenter suaderet; nempe, quod videatur me à naturali obligatione recedere, & repetitioni rei meæ renuntiare, cum de alia re danda specialiter ago, & contraho: id enim non possum animo novandi, vel derogandi facere nõ videri: nisi forte contra accipiendum sit actum esse; ut utrumque nihil deberetur, scilicet meum, quod dedi & aliud, de quo conveni: Quod iniquum, grave, & malignum foret: *l. exemptio 11. §. ult. ff. de alt. empt.*

Ex dictis palmaria est interpretatio textus ad *dist. 8. l. ultim.*

1. *ultim. ff. de cond. cau. dat. cau. non secur.* & facilis conciliatio ejus cum *dist. l. naturalis 5 §. 1. vers. sed si scyphos* ff. de præsc. verb. In contractibus, qui consensu fiunt, veluti in emptione, & venditione, locatione, & conditione, mandato, societate, &c. sicut natura eorum ex consensu nudo perficitur, & obligationem parit; ita initium eorum ab ipso consensu computatur. Idem servatur in contractibus, qui dicuntur innominati, nam quamvis in eis obligatio initium sumat à rei traditione: *l. 1. ff. de rer. permutat.* tamen quia in istis, sicut in illis, qui consensu fiunt, necesse est, ut conventio præcedat de alia re reddenda, quàm quæ data est; vel faciendâ, quàm quæ facta est, & quæ ultro citroque restituitur actio & obligatio; ea ad initiu conventionis retrahitur, & refertur, quasi ab ipsa conventionem, & non à datione rei obligatio illa nascatur: *l. dedi 3. in fin. ff. de condit. cau. dat. cau. non secur.* Unde hoc certissimum est in contractibus omnibus (excipio eos, qui re perficiuntur) quod conventio præcedere debeat, ut ex Paulo in *dist. l. naturalis 5. 1. probavimus num. præced.* Si verò prius non convenit de alia re vicissim reddenda, vel faciendâ, quàm quæ data, vel facta est; datio tantum, vel factum ob causam erit; & nulla nascetur actio directa, quia nullus reperitur contractus ex ea datione; sed tantum dabitur conditio causa data causa non secuta, vel actio de dolo: *l. juris gentium 7. §. 2. junctio dolo 9. ff. de pact.* Et idem, quia in *dist. l. ult. ff. de cond. cau. dat. cau. non secur.* nulla præcessit conventio de alia re reddenda, sed tantum repetitio est rei ob causam non secutam datæ; conditio tantum datur, quæ ex ipsa datione nascitur; non vero actio præscriptis verbis, quia ea non oritur, nisi ex contractu, & expressa conventionem, *dist. l. 7. §. 7. ff. de pact.*

9. Itaque rectè Jurisconsultus Celsus in ea specie dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, quia conventio per se non præcessit, neque prius tractatus habitus est de ea re; idcirco ait, non esse portionem emptionis, quia nulla præcessit ante rei traditionem conventio. & se in id proclivorem esse, ut nulla alia sit obligatio, quàm ob rem dati re non secuta: cuiusmodi ob rem dari obligatio non est contractus, quia scilicet per eam repetitur tantum pecunia, quæ data est, postquam alter Stichum dare non vult vel non potest, quia deficit illa veluti conditio, sub qua tradita pecunia erat. Quæ interpretatio optima est ad *d. l. ult.* Contra in *d. l. naturalis 5 §. 1. vers. sed si scyphos*, quia an equam scyphos darem, conventio præcesserat; quæ contractus effectus fuit permutationis; ideo Stichus periculo meo perit. quia eo ipso, quod conventio subsistit, & illa causam dominij præbuit, consequenter cætera procedunt eo rigore juris, ac si Stichus traditus fuisset: *§. cum autem 3. in fin. de empt. & vendit. l. necessario 8. ff. de peric. & commod. rei vend. l. is qui 11. §. si posteaquam 8. & seq. ff. quod vi aut clam. de hoc §. 8. vide Bachovium in exercitat. contra chiliad. ult. dec. 97. err. 7. Ant. Fab. l. ubi 4. §. sed & Marcellus 3. ff. de in diem adject. l. à Divo 15. §. si post 6. ff. de re judic. l. si emptione 34. §. penult. ff. de contrah. empt. l. quod si 15. de jur. dot.* Et ex ea ratione sequitur, ne unquam revocari debeat contractus, id est, ne unquam sit locus ob rem dationi per se, aut conditioni, quamvis fortuito casu Stichus apud dominum, antequam illud traderet alteri contrahenti, decesserit (de hoc tamen satis adhuc aliqua distinctio inducta ex æquitate ab Ulpiano in *l. ex emptio 1. §. is qui vina 6. ff. de contrah. empt. ad temperandam directam illam causam, quam sequutus fuit Julianus in l. cum emptor 5.*

§. 2. ff. de resc. vend. de qua agam inferius *num. 5. & seq.*) & hæc est interpretatio illius *vers. sed si scyphos.* Expendamus tamen illius verba, & etiam explicemus, *clarius vers. & ideo si mortuus est, dist. l. ultim.* Sed si scyphos tibi dedi, ait Paulus, ut Stichum tibi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu culpam danti præstare debes. Quæ verba hoc significant, quod si Stichus fortuito casu perierit, tu libereris; si verò culpâ tua mortuus fuerit, ego qui scyphos tradidi tibi agere possum actione præscriptis verbis contra te ad id, quanti mea interest me Stichum, de quo convenit, habere; nempe (ut Julianus ait) de emptione, & venditi ne in *dist. l. 5. §. mortuo 2. ff. de rescript. vendit.* perinde habenda est permutatio, ac si traditus fuisset Stichus; puta, ut tu libereris, nisi tuâ culpâ perierit: Sic Paulus in *dist. l. si in emptione 34. §. penultim. ff. de contrah. empt. sed et si pariter decesserunt*, inquit, pretium d'bebitur; unus enim utriusque periculo est; culpam verò præstare debes, quid utriusque nostrum, qui contraximus, utilitas in permutatione æqualiter versatur: *l. si ut certo 5. §. nunc videndum 1. ff. commodat. l. ultim. quibus ex caus. in possess. ear. l. gratuitam 17. §. Papinianus 2. ff. de præscript. verb. l. Aristo 2. ff. de rer. permutat.* vide quæ dicemus infra *lib. 5. cap. 5.* Itaque in *dist. vers. sed si scyphos*, hoc sibi vult Paulus, quod si tuâ culpâ decesserit, pro vivo habendus sit Stichus ad hoc, ut præstet ea omnia, quæ præstares, si viveret, ut in *l. quod si nolit 31. §. si mancipium 11. ff. de adit. edict.* id est, ut præstares mihi id, quod mea interest me servum habere. Quæ omnia dicuntur à Paulo ad differentiam nudæ ob rem dationis, nam si ob rem tantum dederim; hoc est, non prius adhibita conventionem inter nos, scyphos dederim eisdem, ut mihi Stichum dares; periculo meo Stichus non erit, & quandiu cum non dederis, meum ve feceris, & de evictione caveris, vel si nullo modo perierit, etiam casu fortuito scyphos repetere possim; sicut poteram repetere pecuniam, quam dedi, in *leg. ultim. ff. de condit. cau. dat. cau. non secur.* ratione illa, quia non dedisti mihi quam ob rem tibi dedi, id est non fecisti meum, neque mihi tradidisti id, ob quod scyphos tibi dedi,

Hæc explicatio, & conciliatio, *l. ultim. cum d. vers. sed si scyphos*, melior mihi visa est, quam illa, quæ adducit ab Antonio Fabro in *dist. ib. 6. conjel. cap. 10 & in ration. ad dist. l. ultim.* quæ talis est: Quando quid mobile datur aded fragile, ut facile perire possit; pro Stichus, ut sunt scyphi; periculo dantis talem rem fragilem erit Stichus, ut in *dist. vers. sed si scyphos*: Si verò res immobilis datur pro Stichus, quæ nullo modo, vel longè difficillius perire possit, tunc mors Stichus non est periculo dantis talem rem immobilem: Et de hoc loquitur *dist. l. ultim. vers. & ideo si mortuus ff. de cond. cau. dat. cau. non secur.* in qua lege pecunia data fuit pro Stichus, quæ licet ipsa tanquam res mobilis, valde lubrica, & fragilis sit: *l. si oborur 79. §. 1. ff. de legat. 3.* facile tamen periculum hoc fugere potest is, qui pecuniam acceperit, sive eam convertendo in nomina, sive in emptionem prædiorum *authent. novissima C. de administr. tutor. & ideo ait Faber, pecuniam rei immobili similem esse.* Quæ conciliatio se ipsam jugulat, cum scyphi non sine res, quæ facile pereant, neque tam fragiles, ut eorum conservatio non possit divinis expectari. Hanc conciliationem nostram præferunt, Decius in *l. 2. ff. si certum petat. Corraf. lib. 2. miscellan. cap. 9. num. 5* Forcaul *dialogo 49. num. 23.* quam ut divinatoriam rejicit, Caldas: Pereira *tractat. de empt. & vendit.*

vendit. c. 18 n. 29. Sed in eo idem miserrime labitur, quia penitus ignoravit naturam conditionis naturalis, de qua agit ad *dist. l. ultim.* ad quam in iacendam nullus requiritur consensus, ut dixi, & actionis præscriptis verbis quæ oritur ex contractibus innominatis, qui non contrahuntur nisi interveniat contrahentium consensus. Multò diversas interpretationes refert, & improbat ibidem a nu. 24. usque ad 30. ubi suam mentem declarat ad conciliandos Jurisconsultorum. Valasc. plures adducens de *iure emphyt. pars. 1. quest. 20. num. 1.* Alias aliorum plurimum interpretationes affert, & refutat Oluvaldus *lib. 14. comment. Donel. cap. 21. liter. D.* neque ipse felicior exiit, dam amplectitur Cabot. sensum dicentis, *dist. l. ultim.* sumendam esse de specie ubi Stichus traditus, & mortuus est apud accipientem; sed idem quia non dedit alter, id est, accipientis non fecit, sed tradidit tantum; ac ita non explevit ex parte sua contractum conditionem dari: Et illum sensum proximè accedere ad veram sententiam legis docet Oluvaldus, illamque commodius levicula interlineaturæ maratione adstrui posse: Quomodo illam componat apud eundem videbis: Sufficiat nobis nostram mentem expressisse, quin corrigamus cogitationes aliorum; inter quos etiam videre poteris Doctorem Josephum Fernandez de Retes, qui in concilianda contrarietate horum textuum communem solutionem sibi placere ait *libro secundo opuscul. capit. 4. numer. 2. 3. & 4.*

2 Tamen nimis duram controversiam facit his, quæ diximus supra; nempe quòd ubi præcessit conventio inter contrahentes de reddenda aliare, quàmquæ data est, detur actio præscriptis verbis; & quòd si mortuus tunc fuerit Stichus; non possit condici id, quòd datum fuit pro Sticho, textus summè difficilis in *l. dedit ubi 3. §. quinimo 4. ff. de contr. cau. d. t. cau. non fecit.* ubi Ulpianus, postquam in §. antecedenti, quæ sit; quid dicendum foret in ea specie, qua pecunia dederim, ut Stichum intra certum tempus manumitteres, respondit quòd si nondum tempus præterierit, inhibenda sit repetitio, nisi pœniteat ei, qui pecunia dedit; si verò tempus præterierit, quòd possit pecunia condici item si post illud tempus, quo manumitti potuit Stichus, decesserit; repetitionem esse, si minus cessare: Quod & significant verba illa textus in *dist. l. naturalis 5. §. at. cum do 2. ff. de præscript. verb. vivo eo transferit;* adhibuit in *dist. §. quinimo 4.* hæc, quæ sequuntur: *Quinimo, uti nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem: Ultra tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur; id est, conditionem, defuncto quoque eo: quo in §. conventio præcessit, tibi: Placuerat tamen, ut darem, & contractus celebratus, tibi: Competere tibi actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, mortuoque Sticho fuit; & nihilominus condici potest pecunia, tibi, de conditionem; defuncto quoque eo:* Ergo etsi præcedat conventio, non datur actio præscriptis verbis; & ex contractu datur condictio; etsi Stichus decesserit, condicitur pecunia conditione naturali ab eo, cuius erat Stichus; non verò actione præscriptis verbis civiliter petitur.

3 Hujus §. & ejus difficultatis, quæ maxima est, interpretandi modum illum inventi, neque ejus sententiam defendi posse testatur Antonius Faber in *rational. ibid.* in his verbis: *Non existimo posse defendi sententiam hujus versiculæ, &c.* movetur ex eo, quòd conventio illa: *Dabo, ut manumittas Stichum,* non faciat contractum ullum nominatum, seu innominatum, sed tantum pactum nudum: Nam cum qua-

tuor sint genera contractuum innominatorum: puta, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, l. naturalis 5. ff. de pan. verb.* (an omnes isti sint contractus innominati, dicemus abundè infra hoc cap. num. 21. & *lib. 3. cap. 10.*) & inter ea non connumeratur pactio hæc *dabo ut facias:* Inde provenit, quòd decisio hujus §. subsisti non possit, cum ex pacto nudo nunquam nascatur actio, neque obligatio: *dist. l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. ff. de pact.* Uterius, quòd illud etiam commune sit omnibus contractibus innominatis, ut à datione, vel à factio incipiant, nunquam à conventionem: Itaque tradit Faber, conventionem hanc *dabo ut manumittas,* non posse efficere contractum: Et hanc sententiam novissimè sequitur Joannes Uvillsembachius *disputat. 3 v. numero 23.* dicens promissionem de dando in frustrum pactum nudum facere, & dationem præteritam (acere contractum innominatum quòd probare vult *ex l. solus 15. ff. de præscripti verb. 5:* sed malè id ex eo text. intendit, ut patet ex dicendis infra hoc cap. num. 24. & seqq. Cujacius, licet hujus §. mentionem non faciat, tamen ad ejus explicationem destinasse videtur omnia, quæ scripsit *lib. 10. quest. Papinian. in l. pacta conventa ff. de contrah. empt.* ibi enim statuit hanc regulam, quòd si pactum nudum initum sit à principio, & non sit in finibus pacti se l. ex una pacificentium parte datum fuit id, quòd promiserat, quòd tunc ex ipsa datione convertatur in contractum, quòd initio non erat nisi tantum pactum nudum: Id probat *ex l. dirisioris 45. ff. de pactis l. ex placito 3. Codic. de ver. permutat.* Hæc Cujacij facile evertuntur, quia impossibile est, ut conventio, quæ contrahenti tempore fuit pactum nudum, *dict. l. 7. §. quinimo 5. ff. de pact.* ullo accidenti fieri possit, ut convertatur in contractum; nisi etiam mutetur voluntas in animum contrahendi, contractum, & non pactum nudum. Si enim certissimum est, quòd contrahentes stipulationem quæ non constituitur absque pacitione, licet verbis declarata; si verba deficiant, non solum non contrahant stipulationem, sed etiam nec pactum; quia eis animum paciscendi defuit, quibus contrahendi aderat voluntas: *l. 1. §. si quis 1 ff. de verbor. obligat. junct. l. juris gentium 7. §. quòd ferè 12. ff. de pact. l. 1. §. cum qui 4. ff. de constitu. pecun. Joan. Borcholt. de verbor. obligat. cap. 1. num. 4. o. & seqq.* Multò magis dici debet, ubi animum contrahendi non habuerunt, sed tantum paciscendi, non posse illo consensu effici contractum, neque nominatum, neque innominatum: Circa quæ vide quæ dicemus infra *lib. 3. c. 12. n. 4. & 15.* ergo alia explicatione indiget Ulpianus ut elegantem suam mentem nobis aperiat in *dist. §. quinimo.*

14 Illa verò facile ex dictis concipi potest, si in memoriam revoces quòd supra num. 8. diximus; scilicet, contractus innominatos omnes præcedentem habere conventionem, & aliter eos concipi non posse: Quòd expresse significant verba illa *placuerat tamen, ut darem* *dict. §. quinimo:* Et licet obligatio nondum sit, dum ex una contrahentium parte rei promissæ traditio sequatur; tamen quandòque sequatur, retrahitur obligatio ad initium conventionis: Et ita in *dist. §. celebratus* fuit contractus innominatus, non verò pactum nudum; quòd efficaciter probat hoc argumento: *Si dabo ut des,* non esset contractus, quando postea detur frustra *Paul. in l. 1. §. item 2. de permutatione, initium obligationis ex traditione sumi diceret, ex ipsa conventionem, cum conventio & datio nullo instanti possint esse separatae secundum interpretationem mentem: Quòd quàm falsum sit capies ex his; quæ dicimus passim *hòc tit. & præcipuè num. 4. & seqq.**

15 *seqq. & num. 35 & seqq. & infra dicendis lib. 3. cap. 5. num. 5. & seqq. & cap. 12. num. 3.* Nam conventio hæc de dando, vel faciendò in futurum necesse est, ut præcedat, quòd quasi certum supponit, *Paul. in l. naturalis 5. ff. de præscript. verb. ergo* antequam subsit causa conventionem præcessisse necessarium omnino est: Falsuntur igitur Anton. Fab. Uvillsembac. & cæteri affectantes conventionem, *dabo, ut des,* non esse contractum innominatum, vide quæ dicemus *lib. 3. c. 5. numer. 15. & seqq.* Hoc pro certo præsupposito, planus, & apertissimus est in *d. §. Ulpiani* sentus, quem ex sequentibus omnino percipies. In *præced. §.* dicitur, repetitionem pecuniæ datæ cessare, quoties servus decessit intra tempus, quo manumitti debuit: Si verò pecunia nondum data fuerat, sed promissa, quòd tunc competere actio directa domino servi; id est, certæ condictioni; *l. certi 9. l. si quis certum 24. ff. de reb. cred. (condictio certæ proprie est actio, quæ certum petitur: d. §. & princip. institut. de verborum obligat. vide Josephum Fernandez de Retes lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 9. numer. 9. & sect. 2. cap. 6. num. 2. ad quem locum se remittit in cap. super in fin. & Vacon. lib. 3. declarat. 47.* Itaque duo in *d. §. quinimo,* quæri debent: Primum, quare mihi, qui promissi pecuniam, ut Stichus manumitteretur, non datur actio præscriptis verbis; Secundum, cor actio directa præscriptis verbis; vel (quòd idem est) condictio contra me competit domino Sticho; Prioris dubitationis ratio in promptu est, quia mortuus servus intra tempus ad manumissionem destinatum, idem videatur manumissus, postquam amplius manumitti non potest, ex eo, quòd ante factam à domino moram decessisset. Nam si alius pro mortuo habetur servus, qui manumissus est; ear non etiam è contra pro manumissio quoque habebitur (si causa subsit) servus ipse, qui intra idem tempus, quo manumitti debuit, mortuus est: *l. si mihi 92. l. penultim. ff. de solut. l. inter 46. ff. de furt. l. si liber. 103. ff. de V. O. & idem in l. naturalis 5. §. at. cum do 2. ff. de præscript. verb. post Paulus verba illa *vivo servo transferit.* Alia est ratio Doctoris Retes, *d. lib. 2. opuscul. sect. 2. cap. 7. num. 2. & seqq.* si illa melior, & elegantior Lætori apparuerit, quàm hæc, quam nostradimus, probet, & sequatur eam: Id nobis non displicebit, tamen sequentia præcor, ut legat; forsitan ea placebunt, saltem propter singularitatem. Secundæ verò dubitationis ratio contraria superiori est, quia idem datur actio directa ex contractu; quia pecunia, quam placuerat, ut darem, non petiit. Pecunia enim genus est omnium rerum, quæ in nostro patrimonio sunt: *l. nominis 4. & seq. l. pecunia 178. l. pecunia 212. ff. de verbor. significat. & genus perire nequit, Doael. libro 16. comment. juris civilis capite primo & ibi, Oluvald. l. l. tera D.**

His convenient ea, quæ de emptione, & venditione Jurisconsultus Julianus statuit in *l. cum emptor 5. §. mortuo 2. ff. de resc. vendit. mortuo autem homine, ait. Perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset: Utpote cum venditor liberetur, & emptori homo pereat: Quare nisi justa conventio intervenerit, actiones ex empto manebunt.* Eodem modo in *dist. §. quinimo,* mortuo servo actiones directas conservat Consultus. Tamen Ulpianus ad moderationem illius directæ causæ, quam Julianus sequutus fuerat: in *dist. a lege cum emptor Paragrapho mortuo,* adhibuit distinctionem hanc in *lege ex empto 11. §. is qui vina 6. Digestis de action. empt.* nempe quòd si in emptione: & venditione res, quæ data fuit tantum recipienda est, & non aliquid aliud; tunc etiam condici possit res: Quia, ut ibi ait, *nam sine*

causa apud venditorem est amulus, & Martianus in *leg. rerum 25. ff. de action. rer. amotar.* inquit: *Nam jure gentium, (id est, in omnibus contractibus, etiam quibus convenit de alia re reddenda, quæ quæ data est; dum tamen petatur sola res ipsa, quæ data est, abique alio illo lucro,) Puto condici posse res ab his, qui non ex justa causa possident, Quod etiam Juliano ipsi placet: Nam eo casu, quo in emptione, & venditione res sua sola repetenda est, faveat utilem dari ex empto actionem ad distraendam emptionem, in *d. §. is qui vina,* in his verbis: *Julianus ex empto agi posse ait, ut arbori restitatur 3 utilemque esse actionem ex empto, etiam ad distraendam inquit emptionem, id est, si velem repetere quòd dedi, si ve consequi velim ut liberet à te ejus rei præstatione: Quod ex mente Juliani diligenter etiam explicat, & observat Africanus in *l. si fundus 33. ff. locati,* necnon ipse Julianus, in *l. ego 15. ff. eod. tit. ibi: Et ego ex conducto recte agam, vel in hoc, ut me liberes, facit text. in *l. quoties 34. §. 1. ff. de usufr. De qua sententia agit & de interpretatione d. l. 33. locati, Marc. Lyclama lib. 6. memb. egloga 3. & lib. 7. egloga 46 §. 1. non multum subtiliter, & etiam Joan. Uvillsembach. novissimè *dist. 35. n. 22. & seqq.* Merillius *8. observ. 6. in fin. Hartoman, in epit. ff. de pericul. & comm. rei vend. & in dist. §. iat. de empt. & vendit. Fab. 2. consil. 4. Bronchorst. 2. antin. 55.* Quibus apertissimè demonstratur in omnibus contractibus, etiam in his, quibus convenit, ut alia res redderetur, quàm quæ data est; posse distrahi contractum, & etiam sine contractus distractione posse condici rem, quæ data fuit: Quidquid in contrarium dicat Antonius Faber *de error. pragmat. decad. 45. error. 8.* Hæc sola differentia observari potest, quòd condictio, qua petitur res sua, conventionem seu contractum pro oblitterato habet, & nullam conventionem, seu contractum intervenisse præsupponit: Actio verò utilis ex empto dat operam, ut distraharur, & oblitteretur contractus, seu conventio, quæ verè intervenit. Cæterum, utraq; tam condictio, quàm actio utilis ex empto cum directa actione ex empto & vendito non concurrunt, sed actioni directæ succedit tantum: Et prius est, ut directa actio pro nulla habeatur, quàm ut condictio possit exerceri. Denique hæc, quæ diximus, multum distat ab eo sensu, quo Doctor Retes adhibendo regulam generalem, explicat dictum §. *is qui vina lib. 2. opuscul. sect. 2. cap. 1. num. 6. & seqq.* ejus mens forsitan melior erit, nobis tamen non displicet nostra, utinam sic placeat aliis. Quæ in re summa ingenij, sui si lucia, Anton Fabrum, increpat indecorè Reinhard. Bachov. contr. Anton. Fab. in *chiliad. ultim. dec. 96. err. 4.* & ipse quid statuere secundum rectam jurisprudentiam debeat circa *d. §. penitus ignorat.* Et certè miror valdè, reperiri hominem qui (ut facit Bachov.) de se confidat literatum esse, & tam pudendis vocibus scriptores quamvis passim errantes incuset, non solum ex eo, quòd jurisprudentia studium faciat vercundos, & modestos, sed etiam, quia Doctores omnes propter scribendi laborem non opprobriis, sed veneratione sunt dignissimi. Meritò ergo horret animus noster dum in libris, Bachov. tot sanguinolenta jurgia contra Antonium Fabrum ingeniosissimum, & urbanissimum virum perlegimus.****

16 Ex quibus colligitur, quòd quamvis non liceat emptorem, vel venditorem pœnitere apertè de emptione; & venditione semel contracta, ut rectè Antonius Faber docet *de error. pragmat. decad. 45. error. 8. numer. 20.* si tamen res vendita perierit sine dolo, culpa, aut morâ venditoris, & idem emptor nullam habeat effectum directæ ex empto actionis de eo, quòd

quod sua interest habere rem, quam emit: Aut si aliquo alio casu æquum sit rem suam recipere, tunc dari potest conditio causa data causa non sequera, vel finita perinde, ac si pœnitere liceret: Quia ratio juris, quæ causam conditionis exclusit propter directam actionem, quæ major fuit, quam conditio; non debet damno afficere emptorem, aut venditorem, qui nihil aliud, quam sibi diligenter prospicere voluerat: *lego debitor tertia, Digestis de separat.* Uterius, si contractus bonæ fidei non patitur hanc conventionem, scilicet, ut emptorem amitteret, & pretium venditor retineret, *dicta lege ex emptio 11. §. ultim. ff. de action. empt.* multò minus fieri poterit id sine conventionem: *facit l. cum, furi 9. ff. de iur. lit. iur. l. falsa 33. §. sed si cui 2. ff. de condit. & demonstrat.* Summâ, & rectâ ratione, qua constitutum fuit; ut nudâ conventionem emptio, & venditio perficiatur; dicitur periculum, & commodum rei emptæ ab initio emptionis ante traditionem ipsi rei in emptorem transferri propter causam dominij, quæ statim transfertur: *l. necessario 8. ff. de peric. & comm. rei vendit. leg. is qui 11. §. si postea quam 8. cum sequent. ff. quod vi, aut clam l. ubi autem 4. §. sed & Marcellus 3. ff. de in diem adject. l. à Divo Pio 15. §. si post 6. ff. de re iudicat. l. si in emptione 34. §. penult. ff. de contrah. empt. l. quod si 15. ff. de iur. dot. §. cum autem 3. in fin. de empt. & vendit.* Et ex hac causa fiebat, nè unquam revocari deberet emptio, & venditio; id est, nè inquam locus sit ob rem dationi per se, aut conditioni, quamvis fortuito casu res vendita apud venditorem perierit. Contrarium tamen ex bono, & æquo tandem receptum fuit, ut ex Ulpiano in *dist. leg. ex emptio 11. §. is qui vinæ ff. de action. empt.* docuimus num. *preced.* Et ob hanc causam emptio, & venditio dicitur esse magis facti, quàm juris *leg. consilio 7. §. ultim. ff. de curat. fur. & portio emptionis, & venditionis, in dicta lege ultim. ff. de condit. cav. dat. cav. non fecit.* si pretium tantum numeratum sit, non etiam Stichus vicissim datus; id est, non plena emptio, sed ex parte tantum unius, ut de compromisso dicitur, *plenum compromissum, & de unius tantum controversis: l. Pomponius 13. ff. de recept. qui arbit. receper. l. si solutus 39. ff. de solut.* Et idè Cujacii explicationem circa periculum rei venditæ *tract. 8. ad Afric. & ejus, qui cum contra Badium, & alios æmulo defendit, Alexandri Scoti c. 16. & aliorum insuper habemus.*

17 Emptio perfecta dicitur, quando utriusque, & pretium numeratum, & merx tradita est; & in *dicta lege ex emptio §. is qui vinæ ff. de action. empt.* annulo dato arrhæ nomine sequi emptio, pretiumque numerari, & res tradi *Contra in leg. sape 35. ff. de contrah. empt.* emptio dicitur perfecta statim, ut de re, & pretio conveuerit; & in *l. domus 59. ff. eodem & leg. Titius 8. ff. de resc. vendit.* dicitur, *emptionem perficere:* Quæ tam variâ, quomodo conciliantur, exaudi. Emptio, & venditio quidem nudâ conventionem perfecta est; id tamen non ex rei veritate, sed per interpretationem tantum intelligitur: Quia jus, quod habet emptor ad rem, cedit pro re ipsa; seu quia actionem habet de re, rem ipsam habere videtur, *l. is qui 15. ff. de regulis juris.* Rei enim veritate certè nondum perfecta emptio, & venditio est, donec pretium solvatur, & tradatur res; si verum est quod Pomponius ait in *leg. minus 104. ff. de regulis juris, facit leg. quod debet 51. ff. de pecul. minus esse actionem habere, quàm rem: Quod facit etiam l. plus cautiois 25. ff. de regul. jur. secundum intellectum Belloni lib. 1. *supputat. cap. 8. numer. 3.* Nam non sicut translatio dominij per traditionem, continud etiam transfertur causa dominij: ita etiam translatâ causâ dominij, quæ transfertur statim à*

conventionem emptionis, & venditionis etiam continud transfertur dominium. Causa dominij non est etiam dominium, sed inest tantum dominio; dominium verò non inest suæ causæ, sed per se ipsum est. Causa dominij est interpretatio dominij; dominium verò res ipsa est: *leg. venditor 2. §. pervenisse 3. ff. de hered. vel action. vendit.* Ergo necessitate cogor dissentire à viro venerando D. D. Mich. de Luna in *supradicto loco.*

Objicitur: Ergo cum causa non possit esse sine 18 effectu: non poterit dici emptio & venditio sine traditione mercis, & numeratione pretij ex causa emptionis, & venditionis. Sed respondetur, causam nonquam fuisse, nisi effectus sequutus fuerit: Neque unquam dici posse emptionem, & venditionem vicari fuisse, nisi tandem aliquando tradita fuerit merx; vel (quod pro eodem credit) id, quod emptoris interest, traditam fuisse rem, vel habere licere, pretiumque numeratum, vel omnino ultrò citroque satisfactum. Tamen dicitur facilius esse causam nudam, qualis est emptio, & venditio ante mercis traditionem, & pretij numerationem, & nondum effectu suo potitam revocare, ut quid minus; quam effectum quoque revocare, ut quid majus: *l. i. §. ult. l. feni re 8. §. si voluntate 6. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.* Itaque facilius est revocare, vel imperfectam dicere emptionem, & venditionem nondum sequutâ rei emptæ traditione, & pretij numeratione; quàm post traditionem, & numerationem, vel omnimodâ satisfactionem; non solum contraria conventionem, quod vulgare, & novissimè est, *101. tit. ff. de resc. vend. sed etiam hac interpretatione, quam supra num. 13. & seq. ex dist. l. ex emptio 11. §. is qui vinæ ff. de action. empt. tradidimus; quæ interpretatio propria est de his, quæ non sunt expressa, sed tantum insunt ex æquo, & bono; quia æquitas idem potest, ac conventio: *l. ab emptione 58. ff. de pact. leg. Stichum 95. §. naturalis 5. ff. de solut. l. quæstio, 115. ff. de V. S.**

19 Ex quibus pro certo deducendum est, quod re vendita ante traditionem pecuniæ perinde sit, ac si ulla unquam emptio, & venditio facta fuisset: Itaque hæc vel non agitur, vel res sua tantum repetitur. Quia non potest emptori simul causa dominij rei emptæ, & conditio pretij, id est, causa directa, & utilis constare, & competere. Causa enim utilis id est, conditio nihil valet operari, nisi prius causa directa pro nulla, ac obliterata habeatur. Ex differentia harum causarum facile componuntur Justinianus in *9. cum autem 3. in fin. de empt. & vend. Dioclet. & Maxim. in l. ult. C. de peric. & comm. rei vendit.* & Paulus in *l. quod si 14. ff. de peric. & comm. rei vendit.* affirmans ad venditorem periculum expectare: Et in *l. lectus 2. eod. tit.* quæ quidem jura melius sic conciliantur quàm diversis modis quibus id perficere teniant Cujac. in *tract. ad African. si fundus 3. ff. locat.* Henric. Boic. ad *l. cõvallis 23. ff. de reg. jur. Ant. Fab. lib. 2. cõject. c. 4. Vinc. Cibotius 1. disp. 25. jul. Pac. 5. cent. 8. Hotom. Heygius. Anton. Matthæius, in nois ad tit. in fin. de empt. & vend. Galiel. Ranchin. 3. var. lect. 11. & 12. Marc. Lyclama 6. membr. eglloga 3. nam Justinianus de causa directa loquitur, Paulus verò de utilis; id est, directè venditor agere potest, sed emptor etiam poterit agere actione utili ex empto ad dissolvendum, & distrahendum contractum emptionis, & venditionis; vel rectâ viâ, quin agatur de distrahendo contractu, poterit agere conditione causa data causa non sequuta ut explicavimus ex *d. §. is qui vinæ* Et ita rectè ut diximus conventionem Justinianus & Paulus in *dist. loc* ille dum periculum rei venditæ, & si adhuc tradita non sit, ad emptorem pertinere: Ille ad venditorem pertinere affirmet, & hæc concordia melior est, quàm illa, quæ novissimè adducitur à Joan. Vvilssembeck.*

Uvilssembeck. *dispnt. 55. num. 21.* Nam ob hanc causam omnes contractus dicuntur imperfecti antequam datum, vel factum sit: *metum 9. §. sed quod ff. quod met. cau. l. in summa 63. ff. de condit. indeb. l. domum 57. ff. de contrah. emptione. l. 1. §. sed ego ff. quod iussu l. Titius 8. ff. de resc. veniat. l. Papinianus 23. ff. de donat. inter virum & uxorem.* Et ita si venditor petierit pretium pro re vendita, & apud eum, sine ejus culpa, perempta, emptio excipere poterit, vel si pecunia soluta sit, poterit agere, ut sibi pretium restituatur: *l. ex empto §. ult. ff. de action. empt. l. si fundus 33. ff. locat. l. procuratorem 8. §. si liber in fin. ff. mand.* Ratio est quia emptio & venditio est contractus bonæ fidei, cui non convenit de Apicibus juris disputare, sed omnia ex bono, & æquo commensuranda sunt *l. si fidei iussor. 29. §. quædam ff. mand.*

20 Unde fit, quod si in emptione, & venditione, ubi pœnitentiæ locus non est, de rescissione contractus agi permittitur; multò magis in contractibus innominatis, & permutatione; ubi cum, qui prius dedit, pœnitere licet admittendum est. Itaque ex dictis faciliè colligitur in *d. l. dedi tibi 4. quinquimo ff. de condit. cav. dat. cau. non fecit.* Ulpianum loqui de directa causa, sicut de emptione docuimus ex *l. cum emptor 5. §. motus ff. de resc. vendit. num. 15.* aliud verò ex æquo & bono statui, ut eod. num. adnotavimus ex *d. l. ex empto 11. §. is qui vinæ 6. ff. de action. empt.* Itaque si Stichus jam mortuo conditione certi ex illo contractu pecuniam de qua convenimus inter nos, exegeris forte me impudente, vel cedent, edirectâ quoque actione stricti iudicij ego etiam præcise agam, ut Stichum manumittas; neque poteris vitare condemnationem in id, quanti mea interest, Stichum manumissionem esse, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus: *l. si quis ab alio 13. §. 1. ff. de re iud.* non poteris enim excipere de mortuo Stichus, postquam tibi agenti in id, quod promisissim, quasi manumissis servum (ut docui supra num. 14.) nihil ego exceperim, nisi forte possis de eo, quod amplius sit, quàm à me acceperis: *d. l. ex empto §. ultim. ff. de action. empt. vers. ibid. l. si fundus 33. ff. locat. l. si procuratorem 8. §. si liber 5. in fin. ff. mandati l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. ff. de legat. 1. facit l. ultim. §. si ad januan 2. ff. quod vi, aut clam.* Eodem genere interpretationis illustrari debet textus in *l. pecuniam 10. Codic. de condit. ob cau. dator. ubi imperatores Valerius, & Galienus hæc statuerunt, Pecuniam à re datam; si hæc causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est sequuta, minime repeti posse certum est, id quoniam enim ibi de directa causa: Aliud verò ex æquitate statuendum foret. Quæ distinctione adjecta Donello *lib. 14. comment. jur. civit. cap. 21.* nobis conveniet ejus sententia affirmans in quocumque eventu dari repetitionem pecuniæ solutæ licet non possit se expedire à *d. l. pecuniam 10. & sic docemus Ofovaldum d. loc. Donel. liter. A. & seqq. & fabrum, qui de error. pragmat. deced. 45. error. 9. num. 4. & in ration. ad l. 5. ff. de condit. caus. dat. cau. non fecit vers. scilicet, hæc proculdubio, anxidè desiderat: d. l. pecuniam 10. cum l. si cum filius familiaris §. ultim. ff. de donat. conciliare, quæ lex postquam sententiam rectissimè probat, non bene intellexisse superiorem, neque rectè explicasse, d. l. pecuniam 10. Etiam Cujacius *lib. 4. respons. Papin. in l. diem 4. ff. de offic. abces. §. non bene d. l. interpretatur:* Ejus etiam explicationem nimis coarctatam tradit Doctor Reres *lib. 2. opus. sect. 1. cap. 7. num. 9. & seqq. præcipue num. 11.* cui, motus rationibus illis quas in superioribus adduxi non possum assentiri.**

21 Superest adhuc difficultas maxima, quæ opponi

potest his, quæ ad explicationem *d. §. quinquimo*, hucusque diximus; quæ talis est. Servus hic mortuus, antequam mora manumissioni fieret, per nos pro manumisso habetur; & idè creditur dominum servi ex sua parte adimplevisse factum, quod promiserat: Sed non potest esse contractus innominatus, neque ex eo actio civilis oriri, quia factum non est idonea causa introducendæ obligationis ad dandum: *l. naturalis 5. §. quod si faciam 4. ff. de presc. verb.* qua de causa datur tibi actio de dolo: Ergo habere non debuit dominus servi conditionem certi ad petendum id, quod pro manumissione ei promissum fuerat, cum & si verè servum manumississet, quia factum non est sufficiens causa ad producendam in altero contrahente obligationem dandi (ut in sequentibus docebimus) non poterat competere domino servi actio illa, quàm ei tribuit Ulpianus in *d. l. dedi tibi 3. §. quinquimo Dig. de condit. cau. dat. cau. non fecit.*

22 Et ut hæc difficultas magis crescat, operepretium est, ut explicemus radicibus *d. §. quod si faciam.* Itaque sciendum est, quod & si conventio non transeat in nomen proprium contractus, non tamen eo minus contractus, aut obligatio sit, si causa subit: *juris gentium 7. §. sed & si 2. ff. de pact. quare ergo ex conventionem illa facio ut des, nulla civilis actio nascatur, ratio verissima hæc est: Quia non subit causa. Causa est res ex parte unius præcedens, quæ æqualis & par sit ad alterum obligandum *l. in summa 65. ff. de cond. indeb. l. certi conditio 9. ff. de reb. cred. & ibi in ration.* Antonius Faber. In contractibus, qui consensu perficiuntur, unius contrahentium obligatio alterius obligationi causam præbet; & idè mutua obligationis mutua causa est: In aliis verò contractibus, sive nominatis, sive innominatis datio unius dat causâ obligationi alterius ad dandum, vel faciendum: Quia dationi par, & æqualis causa est, & idè sufficiens obligationi ad dandum: Itaque cum datio dationi idonea causa sit ad producendam obligationem ad dandum, multò magis erit factio, vel ad producendam obligationem faciendi: *d. l. naturalis 5. §. at cum do 2. ff. de presc. verb.* ratio est, quia factum multò minus est, quàm datio: Et sic dationi factum inest; non è contra; datio enim juris est. jure gentium distincta sunt dominia: & propria singulorum hominum utilitas introducta: *l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur.* unde dationes rerum originem acceperunt: Et idè omnis datio juris gentium directa est; facta verò in nudo usu, seu jure naturali remanserunt: *l. nec servus 41. ff. de pecul. l. stipulatio 38. §. bi qui 6. ff. de V. O.* quasi nullam utilitatem, seu emolumentum continent: Itaque ipsa etiam facta & juris gentium essent, & pro datione haberentur, si aliquam utilitatem, vel emolumentum ulli afferrent: *l. stipulationes 72. ff. de verb. obligat. l. si quis ab alio 13. §. 1. in fin. ff. de re iudic. l. ob eam causam ff. de presc. verb.* Uterius, nihil certum, aut perpetuum est de factis; de rebus verò est: Rerum æstimatio certa est: *l. pretia 6. ff. ad leg. Fulcid.* ac per consequens juris est: Factorum verò incerta est æstimatio, de qua iudicari debet ex inspectione propria cujuscumque personæ, quæ sua interesse dicit; ac proinde facti est: facta formali prætio æstimantur; id est, ex effectu, aut æstimatione ejus. quod cujusque specialiter interest, non verò illâ æstimatione communi, qua æstimantur res juris gentium certæ, seu certi dominij; quarum rerum sunt propria dationes: *in lege 62. §. ultim. & l. seq. ff. ad leg. Fulcid. l. si servum 33. ff. ad leg. Aquil.* Unde consequenter deducendam est, quod non debeamus factum ut dationem accipere, & æstimare: Qui enim*

enim dat, etiam facit; non verò qui facit, etiam dat, vide infra lib. 3. cap. 7. n. 4. & §. Itaque non ut quemadmodum dicimus, dationem præcedentem parem esse causam ad producendam obligationem faciendi, ex qua constituatur contractus, & nascatur civilis obligatio; etiam dicere debemus factum præcedens parem esse causam ad producendam obligationem dandi. Sic rectè cum Accursio Antonius Faber in ration. ad d. l. ult. vers. & rursus si tuus est Stichus. ff. de condit. cau. dat. cau. non secut. constanter docet ex conventionem facio ut des, non nasci actionem: Fallum tamen est, quod ait, idem dicendum esse de contractu facio ut facias: Disparitas enim inter utramque conventionem maxima est, & ex dictis facillè concipitur: Nam sicut datio ad producendam obligationem dandi par, sufficiens, & æqualis causa est; sic etiam factum par, & idonea causa esse debet ad producendam obligationem faciendi. Et ita Paulus in d. l. naturalis §. §. sed si facio ut facias, non tentat inquirere, an competat actio præscriptis verbis, cum factum ex parte unius satis iusta sit causa obligationis ad hoc, ut vicissim fiat; sicut datio iusta obligationis causa est ad hoc, ut vicissim detur: Sed præsupposito, quòd conventio facio ut facias, si verus contractus, ex quo oritur actio præscriptis verbis, intendit disquirere, & probare; an species, quas sibi proponit, rectè usque ad mandatum perveniant, & contractum mandati constituent: Quod maxime probat in prima specie, ad quam faciunt, l. si pupilli §. §. ult. l. solvendo §. ff. de negot. gest. idemque contingit in secunda specie.

Itaque ex illa conventionem, facio ut des, nulla civilis nascitur obligatio, neque potest nasci, quia nullus contractus est, sive certus, sive incertus; vel (quod idem est) nominatus, sive innominatus, ex quo possit dari actio certa, sive præscriptis verbis; ideoque decurimus ad actionem de dolo: Ejus ratio est, nam & si nihil tibi dederim, unde par sit causa mihi aliquid accipiendi; feci tamen ex pacto inter nos inito: Et nunc postquam tu ex pacto non das, quod ut dares, feci; appareat me frustra & sine causa fecisse: Quod quidem per te in integrum mihi restitui debet; id est, à te mihi, quanti mea interest, non fecisse, prætari æquum est, quia sum à te decipus; & adjuvari quisque debet, non decipi: l. in commodato 17. §. sicut §. ff. commodari. Et hoc sensu intelligendus est text. in l. cum proponas 4. C. de dolo, ubi dominus ancillam promissit se manumissuram, vel traditurum ei, qui sibi illam concubernio copulavit, ut manumitteret; & ea pacto interposita fuit, ut mancipium pro ea traderet domino ancillæ, quæ conventio est, manumissionem ancillæ, ut mihi pro ea des mancipium quàm speciem etià fatetur, Doctor Retes loc inferius citand. Eodem modo accipiendus est textus in l. inter socerum 26. §. convenit, ff. de pact. dotal. ubi ex eo, quòd intervenit conventio, facio ut des, quia uxor impensas fecit, ut ad maritum iret, ejus literis evocata; quæ conventio nuda fuit, & ita correbat actio de dolo; propter reverentiam tamen maritalem temperata nomine actionis in factum actio mulieri contra maritum datur, l. non debet 11. in fin. de dol. l. apud Celsum 4. §. adversus 16. ff. de dol. mal. & met. except. in quo §. non possum mihi persuadere rectè interpretari verba illa, Ut illi tamen in factum danda est, sic, id est, Præscriptis verbis actio: Quia ex conventionem facio, ut des, non incitur contractus, quia factum (ut docui) non est par, quasi minus sit ad producendam obligationem dandi, quàm majus est: Ac per consequens idè ex hac conventionem facio, ut des, non nascitur civilis obligatio, quia ex illa conventionem nullus potest injeri contra-

ctus. Itaque in d. §. adversus, non potuit oriri civilis actio præscriptis verbis sed datur utilis in factum actio, quæ est omnium actionum postrema actio; quia eà non agit, ut id de quo convenit, det reus; sed ut ab eo restituitur in integrum id, quod actor rei causâ, frustra, & inaniter fecit: Et quia facta infecta fieri, aut naturaliter restitui in integrum non possunt; ideo condemnatur reus, quanti actoris interest non fecisse: Vide aliud efficacissimum argumentum ad probandum conventionem hanc facio, ut des non posse esse contractum, neque producere actionem civilem. infra lib. 3. cap. 10. num. 4. & §. 5. Ex quibus colligitur aperte fundamentum: d. §. convenit, levissimam esse, ut in eo consistere possit sententia Doctoris Retes (cum amico suo & aliis) dicentis lib. 1. apud scilicet. l. cap. 11. num. 7. & seq. ex eo probari per conventionem, facio ut des, nasci civilem obligationem, quia est celebratus contractus innominatus; & ideo de dolo actionem dari in d. §. quod si faciam, quia intervenit dolus in contractu: Aliàs enim daretur actio civilis, ait d. cap. num. 11. postquam in præcedentibus retulit aliorum ad dictum §. interpretationes, & refutavit 1. Contra quem sententiam superiora scripsimus, & sequentia scribemus. Cæterum circa conventionem facio, ut des, misserrimè etiam labitur Reinhard. Bachou, in exercitiis, adversus, Anton. Fab. in obliad. ult. dec. 83. err. 5. in his verbis: Quinimo penè idem putaverim in articulo do. vel facio, ut des, ut videlicet ad ipsum interesse agendum sit, propter naturam contractuum innominatorum, quibus fatetur conventionem facio ut des, esse etiam contractum sicut conventio do, ut facias; quòd quam fallum sit ex præcedentibus patet. Fallitur etiam Goveanus dum lib. 2. l. 2. ait hanc conventionem facio, ut des, contractum incertum esse: Sed idè non parere actionem civilem, quia non est similis alicui contractui nominato in c. 28. statuit.

Neque Doctoris Retes sententia confirmatur, neque impugnatur nostra ex l. solet 15. ff. de præscript. verb. ubi videtur affirmari expressè illud enim ei expressum esse videtur ex conventionem illa facio, ut des, dari actionem præscriptis verbis. Species illius legis hæc est: Præsupponit Ulpianus, quòd qui notunt servos fugitivos alicubi latere, vel celari, sive abscondi, dominis indicare solere, ubi occultentur; & pro inditio aliquid indicant, accipere: Et exinde provenit, inditium hoc dantes dominis non esse fures; alioquin si scirent, & paterentur occultari, pœnis furantium, & receptorum tenerentur: l. 1. ff. de fugitivis, l. servos 12. C. de agricol. & censu. lib. 11. & hic est sensus illorum verborum, Quæ res non facit eos fures, in quo conventio cum dicto Doctore Retes d. cap. 2. num. 4. videndæ sunt, quæ dicimus infra num. 26. Et hoc præmium, quod datur indicantibus, ab eodem Ulpiano vocatur inditium, in l. idem si ob stuprum 4. §. ult. ff. de cond. ob turp. cau. Ovid. lib. 4. metamorph. exigit inditi mœnem Cythereia pœnam. Quod quidem præmium & inditium plerumque domini præveniunt & per præconem, aut libellum publicè promittunt; quod docet Apulejus lib. 6. in his verbis: Nihil superest, quàm tuo præconio præmium investigationis publicæ edicere, & Petronius dum Eunophilus inquit, cum Burgate loquitur in secreto, præco stabulum intrat cum servo publico, aliâque sane modica frequentia, facemque fumosam magis, quàm lucidam quassans hæc proclamavit: Puer in vulneo paulo ante aberravit annorū circa sex decim crispus mollis, fornexsus nomine Gira Si quis eum reddere, aut commonstrare voluerit, accipiet nūmō mille, & hoc sic fiebat ex frequenti consuetudine quam indicat verbum solet, quod jus more receptum

prout vindicat, uti in l. aut Prator. §. sed est 2. vers. sed. hodie, jact. l. qui muram §. 6. §. 2. ff. mandati. §. servi. 2. in fin. de liberis. l. 1. §. Item 13. ff. de aqua, & aqua pluv. arc. l. jurigantium 7. §. quod fore ult. ff. de pact. solent. 3. ff. de alien. legat. & mos hic accipiendi hoc præmium indicationis honestus erat: & idè id, quòd pro indicatione datum erat, repeti non poterat eadem ipsâ ratione, quæ non poterat legatum solum incertus petsonis, §. incertis 2. in fin. in fin. de legat. Et his indiciis similia sunt proxenetica, l. 1. ff. de proxenet. & in his omnibus conventio cum Doctore Josepho Fernandez de Retes dict. loc. licet in sequentibus disconveniam.

Interpretes autem solent obijciunt dicta l. naturalis §. §. quod si faciam 2. ff. de præsc. verb. quasi in ea specie licet conventio intervenit, indicabo ut des, quod idem est, ac faciam ut des: tamen illam conventionem ait Ulpianus in fin. leg. non esse nudam, ut quis dicat ex pacto non oriri actionem, sed habere negotium ali- quod; id est, contractum esse, & civilem ex eo actionem nasci. Unde interpretes, & cum his etiam Doctor Retes deducunt ex ea specie facio ut des contractum intervenire, & esse posse contra apertum Pauli locum & responsum in dict. §. quod si faciam, quem eum aliter effugere non possunt, dicunt Ulpianum se corrigere in fin. dict. l. solet in his verbis: Nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, & ita affirmant Consultum aliquo initio legis male tentantem, in viam juris certi, atque recti redire, & Jurisconsulto Paulo reconciliare: quod ut efficacius nobis persuadeant, similes correctiones afferunt in l. si mihi purè §. 9. ff. de legat. 2. l. si convenerit 23. ff. communi divid. l. is qui 13. §. ultim. ff. comm. §. igitur 2. in fin. de pupillar. substit. Itaque levitatem hanc Jurisconsultis tribuunt, & eam sententiam statim eos mutasse, & priorem non delevisse asserunt; quasi juris authores vellent sui erroris memoriam tantum prælo mandare, & non rectum sensum absque nota prioris erroris. Nos verò hanc injuriam Consultis factam impatenter cogimur audire; & ea de causa forsitan fiet, ut sincero animo querentes veritatem, ab hac tam detestanda calumnia eos vindicemus.

Itaque censemus in dict. leg. solet conventionem, quæ intervenit, fuisse dabo ut indicet, sicut in dict. leg. dedi 3. §. quinimo 4. ff. de cond. cau. dat. cau. non secut. index enim non statim indicat, neque promittit se indicaturum fore, sed ostendit se scire, ubi celetur servus; & ea ratione dicitur non esse fur, quamvis non indicet, leg. qui vas 48. §. 1. ff. de furt. & sic solum invitatur dominum ad dandum, vel promittendum indicandi causâ. Quibus pro vero sic præsuppositis, sic totam hanc questionem explicat Ulpianus vel datum, & simul indicatum fuisse hinc inde; vel datum fuisse tantum, vel promissum, ut indicaretur: primam distinctionem partis disputat usque ad vers. quod si solum: secundam vero ex eo vers. usque ad finem textus, ubi querit, quæ actio danda sit adversus indicem non indicantem? In prima parte docet, si datum sit non illicitè acceptum fuisse, non turpiter ita, ut condici possit per eum, qui id dedit propter inditium; & ratio illa, quia promissum tantum dicitur jure deberi apud Paulum lib. sent. 2. tit. 31. sent. ob inditium. Et ita pacto sic interposita, & incepta à conventionem dandi; nihil refert, an ab indice prius impleatur, an verò à promissore, ut postea num. 28. docuimus: dum tamen inditium fuerit sequutum, cum id Ulpianus tribuat consuetudini, dum ait solet, qui norunt servos fugitivos, &c. & ex vers. quod si solum probatur hanc conventionem intervenire, D. Hieronym. de Oraz. de Apicib. Jur. Civ.

quando non vis indicare gratis, dabo ut indicet. Verba dict. vers. sunt hæc: Quod si solum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob inditium; hoc est, ut si indicasset apprehensusque esset fugitivus, ob eam causam aliqua daretur, quod etiam probat ex consuetudine, quæ sic accipienda est, ut prius detur, quàm indicetur, postquam ait Ulpianus, solent etiam mercedem hujus rei accipere, & sic indicare. Quibus constat, vel totum fuisse prius dare antequam indicaretur; vel prius promittere, si non detur; & postea subsequi judicium. Si absque ulla conventionem de indicando, ob spem indicij aliquid detur; indicio postea non legato, datum tantum repeti potest; non etiam agi actione præscriptis verbis ad hoc, ut indicaretur, aut in id, quod actoris interesset sibi judicatum esse: Illa enim actione non potest agi absque eo, ut præcessisset conventio, ut supra passim docuimus, & infra docebitur; Conventionem per se contractus a datione an ab indicio, itaque constat ex dictis in d. l. solet, contractum innominatum fuisse, quia inceptum vel à datione, præcedente prius conventionem de dando, & vicissim in indicando.

Ex quibus constat, quàm parum rectè interpretes tribuant Ulpiano notam illam levitatis neque in vers. nisi si quis, se ipsum corrigere, sed calum divitum proponere, quia ubi dolus intervenisse arguitur, non nasci actionem præscriptis verbis docet: Eo enim casu quando dolus dat causam contractui neque actio est, neque contractus, si dominus in hoc casu scriptus est, ut promitteret, l. eleganter 7. de dolo. Contractus innominatus, seu incertus, contractus bonæ fidei est, qui formam accipit à conventionem; quæ nulla esse videtur in ea persona, quæ errore ducitur ad contrahendum. Itaque actio de dolo datur non præscriptis verbis: si judex, qui nesciebat, ubinam servus esset, aut occularetur; vel sciebat quidè, & indicare volebat; dolo induxerit dominum, ut sibi ob inditium quod facere non poterat, vel volebat, aliquid daret: Facit l. abburio 18. §. de eo 3. ff. de dolo l. Aristo §. ult. ff. de donat. Unde manifestus esse Ulpianus in d. vers. nisi, & aperte cognoscitur loqui de casu diverso ejus, quem in præcedentibus proposuerat. Neque d. l. si mihi purè, quicquam facit ad probandam correctionem, quam interpretes absque ulla ratione imputant Ulpiano: Nam licet ibi prius positum responsum emendetur, & corrigatur; illud tamen prius positum non fuit Terentij Clementis, cujus fuit illa lex, sed aliorum: Itaque non se ipsum corrigat; ait enim responsum est, nempe à Cajo, & multis aliis l. si Titio 57. ff. eodem tit. de legat. 5. Cæterum in eo, quod Terentius Clemens corrigat in vers. nisi si quis dubiet, Authores quoque habet Labeonem, Proculum, & Pomponium in l. si mihi 1. ff. de legat. 3. In cæteris locis nescio qui error correctus possit per interpretes imputari Consultis. Itaque in d. l. solet, pro certo haberi debet agi de pactione dabo, ut des. usque ad vers. nisi, & non de conventionem facio ut facias. Neque obstat d. l. naturalis §. §. quod si faciam 3. ff. de præscript. verb. l. cum nota 6. Codice de transact. quod manifestè constabit ex inferius dicendis.

Ex his, quæ ad explicationem d. §. quod si faciam adduximus, & constitimus pro regula certa ex conventionem facio, ut des, non posse nasci civilem obligationem, quia factum non est idonea, & par causa ad inducendam obligationem dandi, idè quæ recurrendum esse ad actionem de dolo, creseit magis ac magis difficultas, quam supra n. 21. proposuimus contra dict. l. dedi 4. §. quinimo 4. ff. de cond. cau. dat. cau. non secut. illi tamen sic satis faciendum est. Certe causa faciendi, aut manumittendi non est idonea, & par, ut postquam scieris ha-

beas actionem, quæ me compellas dare: unde fit, ut et si vivum servum manumissis eâ causâ, & desiderio, ut ego vicissim darem quod promisi; quia erat conventio *facio ut des* nullam actionem habebas, quâ agere posses, me dare oportere: hæc ita sunt, quando intervenit pactio *facio ut des*. Si verò conventio, quæ intervenerat, fuit *dabo ut facias*, & si si les contractus incipiat adimpleri à facto, datur directâ præscriptis verbis actio: quia postquam rectè per conventionem contractus celebratus fuit, nihil interest quo ordine adimpleri incipiat, an à facto, an verò à datione: nam ut ipse Doctor Retes ait *dist. lib. 2. sect. 1. c. 5. n. 17.* forma contractus, & facies ejus ex conventionem deprehenditur arguitur. *l. 1. §. si conventus 6. ff. de positi l. 1. Aristo 39. ff. mandati, & nos fufius docebitur infra lib. 3. c. 12. n. 3.* Ratio est, quia contractus incertus pacto formatur & ex eo directâ actio; formatâ verò semel actione expectandû est tantum initium, & origo actionis: & licet obligatio non nascatur, usque dum ab uno ex contrahentibus vel detur, vel fiat; tamen postquam res sequuta est, obligatio retrotrahitur, & refertur ad tempus conventionis. *potior. 1. ff. qui potior. in pign. habeant. l. neq. emptio 8. ff. de contr. empt. l. necessario 8. ff. de peric. & comm. rei vend. l. ubi autem 4. §. sed & Marcell. 1. ff. de in diu adject. l. cum emancipatis 2. §. id quoque 3. ff. de coll. õnium enim contractuum illud æquale (excipio semper eos, qui re contrahuntur) ut eorum initium omnino inspicitur, non eventus *l. si tantum 12. ff. ad S. C. Macedon. l. 1. §. si servus 30. ff. de positi l. si procuratorem 8. ff. mandati. l. Rutilia Polla 69. ff. de contrah. empt. l. si voluntate 8. C. de resc. vendit. Anton. Fab. in ration. ad l. si ego 4. ff. ad S. C. Velleian. Et cum tempore conventionis bene actio formata erat: quia à conventionem dationis inceperat contractus in d. §. quoniam ibi: *est nihil tibi dedi, placuerat tamen ut darem, & non à promissione facti: idè quavis prius intervenit factum manumittentis, & (quod idem est) interitus servi, antequam manumissionis mora fieret; datur conditio certi domini Stichus, qui fecit prius, ut me ad dandum obligaret; & provocaret. Hæc est meo videri recta interpretatio d. §. quoniam: qui tamè meliora, quàm quæ nos tradidimus, ad ejus explicationem scire cupit videat Doctorem Josephum Fernandez de Retes d. lib. 2. opuscul. sect. 2. c. 7. n. 2. & seqq.* forsan ab eo tradita magis sibi grata erunt.**

39 Eodem modo, quo interpretati sumus d. §. quoniam, interpretandus etiam est text. in d. l. cum mota 6. C. de transact. ibi mater, postquam litem de inofficioso testamento movit adversus hæredem filij, cum eo transegit: hanc transactionem interpretes volunt esse *facio ut des*; quasi mater ultrâ ad hæredem scriptum accesserit, & cum eo se à lite discedam promiserit, ut partem bonorum acciperet; quod est pactio *discedam à lite, ut accipiam*. Id tamen Imperator Alexandro falsò imponit, quia illa lex sine dubio contrarium ait, nempe transactionem fuisse, ut mater bonorum partem acciperet, quod est scriptum hæredem daturum esse, & à quærela inofficiosi discederet: prius intervenit promissio dandi partem bonorum ab hærede; postea repromissio à lite discedendi à matre; quod est facere: verba Imperatoris sunt hæc: *Cum mota inofficiosi quærela mater vestra cum diversa parte transegerit ita, ut partem bonorum susciperet, & à lite discederet. proponatis, ubi prius conventio sit accepturam partem bonorum, & postea à lite discedatur; id est, ei dandum prius, & postea illam facturam: & eo ordine scriptum est in d. l. Quibus verbis nescio, quomodo adaptari possit contractus, seu conventio *facio ut facias*, ut voluit Retes d. l. 2. opuscul. sect. 1. c. 11. n. 6. qui prius docuit c. 9. n. 1. illam conventionem esse contractum *facio ut des*, quia intervenit bonorum*

partis, datio, quæ non est facere, sed dare; nisi somatur ex ea parte, qua datio comprehendit etiam factum, ut docuimus supra n. 2. ergo etiam prius discessum fuit à lite, & postea negotio perspicitur sit cum scripto hærede, quia partem bonorum non præstat, postquam mater à lite discessit; id nihil nocere potest contractui, qui recto ordine celebratus fuit incipiendû prius à promissione dandi, ut tradit Cujac *in l. juris gentium 7. ff. de pact. vide infra l. 3. cap. 10.* non verò à faciendi promissione: & quod postea inverso ordine fides contractus inciperetur adimpleri prius ex facto, & non ex datione; non obstat, quia quandoque adimpleatur, refertur contractus ad tempus conventionis, ut diximus, super. & conventio recto ordine cæpta fuit à promissione dandi: De explicatione tamen plenissima d. l. cum mota tractabimus lib. 3.

Neque ab hoc recto ordine sentiendû circa contractus innominatos subicere nos debet Doctor Retes qui *dist. lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 3. num. 8.* hanc propositionem pro certo statuit; ejus verba sunt hæc: *Utrumque tamen subsistere non potest: quoniam licet pactum adeo necessarium sit, ut sine illo valere non possit contractus permutationis, ut neq. valent ceteri, qui re perficiuntur, l. si me, & Titium 32. ff. de reb. cred. tamen traditio rei est, quæ sola inducit obligationem, l. qui pecuniam 30. eod. tit. & ex eodem tempore incipit contractus tempus, & attendi qualitas, & jus illius, neq. prius nascitur obligatio, ut diserte probat text. in l. potior 1. ff. qui potior. in pign. habeant. quod in hoc contractu, do ut des, adeo expresse probat Paulus in l. 1. §. item emptio de rer. permutat. ut merito mirari possimus, contrarium voluisse nobis persuadere prælaudatos quibus. In vni Consiliarius, permutatio ex re tradita initium obligationis præbet: quomodo potuit aperius dicere, obligationem incipere à traditione rei, & non à prestatione consensus quam tam expressis verbis? Rursus id ipsum ex l. 3. §. ult. quid quod vulgo 4. ad S. C. Macedon. in quibus docemur, in omnibus contractibus, qui rei traditione perficiuntur, tempus quo rei intervenit, inspicitur ne non consideretur tempus præstiti consensus. Hæc ad litteram, retuli, ut cognoscat, hunc Authorem velle, ut inter contractus innominatos, & eos, qui re perficiuntur, non detur differentia; sed quod eodem modo omnes adhibito consensu contrahantur: quam sententiam, quæ Donelli esse videtur lib. 12. comment. c. 12. sibi non placere asserit num. 12.*

Itaque alio explicandi genere ipse Retes superiora, 1 conciliare vult d. lib. 2. cap. 3. n. 12. referam etiam ejus verba: *Neque ut verum fatear mihi placere potuit unquam doctrina Donelli: quare diutius hæc voluens, & mecum cogitans tandem observavi, hos quidem incertos, & innominatos contractus re contrahi, sed multum aliter quàm mutuum, pignus, commodatum, & depositum quorum supra meminimus. Contractus enim nominati adeo perficiuntur re, ut ea semel tradita nullus locus maneat pœnitentiæ, ut de mutuo dicitur in l. pro de 8. ff. de reb. cred. l. Titius 4. ff. quæ res pign. vel hypothec. de pignore in l. qui pignori 19. de pignor. ubi multa eleganter adducit Dionys. Gotofred. de commodato in l. sicut 17. §. 1. ff. commodati. Quamvis aliud dicendum sit in deposito voluntario, quia ejus detentio nihil refert depositarii. Contractus verò innominati re altrinssecus, sive ex una parte tradita obligatur adversa, sed non omnino perficiuntur, cum licet deinceps ei, qui dedit rem petere, & à contractu restare, si eum pœnituerit l. si pecuniam 5. de cond. cau. dat. cau. non fecit. de quo acturus sum latius infra sect. 2. Itaque contractus nominati dicuntur re perfici, quia post rem traditam perfecti manent. & irrevocabiles. Innominati autem non dicuntur perfici, sed eorum obligationem incipiunt sumere à rei traditione dicit, l. 1. §. item emptio de rer. permutat. Ut uno verbo*

verbo me explicem, nominati rei interveniunt perficiuntur innominati vero inchoantur. Ulterius in r. s. q. hæc etiam addidit: *quoniam eorum natura (id est contractuum in nominati) adeo est multiplex, varia, & ex lex, ut non facile in quocumque negotio perspicitur p. sit, quando perfectum, aut quando ex eo obligatio incipiunt sumat. & denique in fine resolvitur, contractus innominatos non habere certam naturam, & formam, & ea de causa quòd natura contractuum innominatorum sit ex lex, id est (ut ego intelligi) sine lege, & sine forma contractus.*

Ex precedentibus locis inferimus, duo apud Doctorem Retes statui ut vestissima, quæ apud nos à re cta jurisprudentia videtur summo perè declinare. Primum est, quod contractus innominati non differant à contractibus, qui re perficiuntur; sed inter utrosque eodem modo initium contractus sumatur ab ipsa rei traditione, non verò referatur ad tempus conventionis. Secundum, & quod fere idem cum primo esse videtur, contractus innominatos re inchoari, ad differentiam contractuum nominatorum, qui dicuntur re perfici, ut de emptione docuimus supra n. 16. in fi. & seq. Uterq. error si error dici potest, quod à tam docto viro excogitatum est) excidit ex eo, quod non penetravit differentiam elegantem, quæ erat inter contractus, qui re perficiuntur, & contractus innominatos: illa verò à nobis observanda, & docenda est. In contractibus, qui re perficiuntur, nullus neque intrinsecus, neq. extrinsecus, requiritur consensus ad formandam eorum naturam (summa diligentia obsequia verba hæc, ad formandam naturam eorum propter ea, quæ inferius dicam ad explicationem l. si me, & Titium 32. ff. de reb. cred.) ad quem consensus postea referri possit rei traditio: itaque eorum initium non altius excogitatur, quàm ab ipsa rei traditione, quamvis stipulatio, aut conventio de pignore præcesserit: quia stipulatio, vel pignoris conventio non valet per se, sed ex re ipsa pender. ut alio loco agens de Regula Cætoniana docuimus ex l. si quis 3. §. ult. & l. seq. ff. ad S. C. Macedon. l. quidam 32. §. ult. ff. de P. O. l. si debitori 47. §. 1. ff. de fidejuss. l. 1. §. si quis 4. ff. ut legat. seu fideicom. servand. cau. caveat. l. Titius 4. ff. quæ res pign. dari, ob gari non poss. l. qui b. dicitur 9. §. sed & si 2. ff. qui potior. in pign. habeant. l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred. l. ult. §. ult. ff. ratam rem haberi, quod & ipse Retes non diffidetur opuscul. lib. 2. sect. 4. cap. 4. num. 3 in fin. Ratio est, quia in his contractibus agitur tantum de petendo re ipsa, quæ data est; neq. petitur aliud pro alio, neque datur, aut fit: & de nullo lucro agit is qui mutuo, vel commodato, vel deposito, vel pignori dat; sed tantum vitare damnum vult. *dist. l. 1. §. me 32. ff. de reb. cred. l. nam hoc 14. cum l. seq. ff. de cond. indeb. is qui 13. §. 1. in fin. ff. commodati l. pupillus 5. ff. de auct. tutor. facit l. in caus. 16. §. Pomponius ff. de minorib. Et tamen recipere desiderat absque ullo emolumento id solum, quod dedit, vel fecit, vel ejus æstimationem: quod æquum est, etiam si sine ullo consensu dederit aut fecerit; adeo ut interventio ipsius rei, & æquitas tantum faciat, quantum faceret consensus ipse, si adisset; cum nihil amplius præstet consensus, quàm res ipsa. Tantummodo inspicere oportet, ne animo donandi dederit, vel fecerit; tunc enim non datur repetitio rei donatæ, vel donationis causa factæ: l. non omnis in princip. cum l. seq. ff. de reb. credit. hoc tamen, an donata sit res, vel non; positum est in voluntate ejus qui dat, vel facit; & non in animo ejus, qui accipit; vel ejus, cuius gratia factum est: l. senatus 35. §. 1. ff. de mort. cau. donat. Et idè postquam manifestum fuerit eum, qui dedit, vel fecit, noluisse donare; æquitas ipsa suadet, ut ex ipsa re tradita vel facta resulter, & existat*

obligatio de ipsa re reddenda, vel æstimatione ejus, quod factum fuerit. *Re obligatur, cum res ipsa intercedat* Modestinus in l. obligamus 52. §. 1. ff. de obligat. & action. ubi aperit docet non ipsam tantum intercedere necesse esse non etiam consensum, itaque cû ipsa rei traditio pariat conditionem naturalem, & ea sufficiens sit ad repetendam rem nostram, nulla alia actio præter conditionem datur quia nunquam datur, ubi supervacuum sit eam dari, facit l. 1. §. interdictum 6. ff. uti possidetis, & ex eo frequenter dicitur, nihil jure frustra agi, atque introduci.

Obstat superioribus text. in d. l. si & me, & Titium 32. ff. de reb. credit. ubi in mutuo (qui est contractus, qui re perficitur *princ. insit quib. mod. re contrahit oblig.*) adeo necessarius est inter contrahentes consensus, ut absque eo mutuum contrahi non posse asseveret Jurisconsultus Celsus in his verbis. *Hoc enim nisi inter consentientes, fieri non potest, & hæc lex fecit ut serè omnes interpretes (si Antonium Gomezium excipias qui in princ. tit. de præsc. verb. docet, nullum consensum esse necessarium ad formandos contractus, qui re perficiuntur) ex fide crediderint; consensum esse necessarium ad constituendos contractus illos, qui ignorarunt, quomodo aliter intelligi possint supradicta verba: Alia tamen, & elegantior est Celsi; & illorum sententia, quæ sic explicanda est: non potest negari, consensum intervenire debere in his contractibus, qui re perficiuntur sed non ad producendam actionem, quia ex his contractibus nascitur tantum conditio, quasi repetitio rei suæ; actio omnium minima, & simplicissima, quæ non deest, etiam si nullus consensus intervenisset; confer ea, quæ scripsimus super hoc cap. n. 5. in d. potius ubi non est animus obligandi, sed distrahendæ obligationis, illa rei repetitio datur absque consensu contrahendi, §. 1. insit. quib. mod. re contrah. obligat. Unde semper credidi, contractus istos nihil plus habere, quàm si contractus non essent, cum ex his detur tantum repetitio rei suæ quòd etiam sine contractu, & consensu competitum esset quoties res data, & non donata esset: itaque cum nullum ex his contractibus lucrum captemus, & procuremus, sed tantum damnum vitare velimus, & ad id consequendum sufficiat conditio, qua repetitur res data, non requiritur consensus, ex quo resulter actio civilis qua non nascitur nisi ex conventionem, neque datur nisi ad lucrum caprandum, seu ad petendum aliud, quàm quod datum, vel factum est; de quo alio nominatim cautum fuerat, & convenerat inter contrahentes, vel ad id, quod actoris interest, id habere, vel sibi factum esse l. naturalis 5. in princ. & §. 1. l. si tibi 7. ff. de præsc. verb. l. actionum 25. §. 1. ff. de obligat. & action.*

Ad quid ergo requireretur consensus in contractibus istis, qui re perficiuntur? qui etiam exigitur in l. 1. §. 3. vers. adeo, ff. de pact. novissimè Joan. V. Vissembeckius *disput. iur. disp. 31. n. 5.* Respondeo, non ad formandam eorum naturam, quæ ex ipsa datione rei constituitur, sed solum requiritur ad distinguendos inter se hos contractus, qui alioquin unius generis essent, vel informes: quia sine consensu non poterat distinguui, qui esset contractus pignoris qui contractus mutui, depositi, &c. contractus enim disparat, & discernit a se invicem consensus, qui intervenit, & diversos eos faciunt diverse tantum de re faciendâ, vel tradenda conventiones: nã cum contractus isti, & obligationes, quæ re perficiuntur, omnes rei traditione constituantur, necessariò eveniret, ut omnes omnino similes essent, & forma eorum unius generis: unde etiam perveniret, quòd res, quæ datur, non poterat discerni, an daretur in pignus, an in depositum, an verò in mutuum, & si consensus contrahentium id non exprimeret, &

& declararet. Et idem recte dicit Celsus in l. si & mensi, & titium, mutuum non fieri inter consentientes, quia non poterat cognosci, an datio illa declinaret in mutuum, an ad alium contractum de his, qui re perficiuntur, si id non manifestaretur consensu expresso: itaque mutuum non constituitur nisi inter consentientes, quia non potest cognosci mutuum esse ex datione, qua sola constituitur mutuum, sicut ceteri istius generis contractus; sed ex consensu contrahentium distinguitur mutuum esse; aliter enim si datio sola sine consensu interveniret, dubitatio inevitabilis esset ad discernendum speciem contractus, qui inter contrahentes voluit celebrari: quæ dubitatio nisi expresso contrahentium consensu tolli non poterat: ergo non rectam jurisprudentiam docet meo videri quicumque dixerit, in contractibus, qui re perficiuntur, requiri consensum, sicut in contractibus innominatis, & sic interpretatur etiam d. l. 1. §. 3. vers. adeo, ff. de pact.

35 Altera propositio Doctoris reses, quam retulimus supra n. 31. scilicet, quod contractus innominati re inchoentur, & non referantur ad tempus conventionis; de qua sententia & ipse gloriatur d. lib. 2. opusc. sect. 1. c. 4. n. 2. credens hanc esse rationem, l. ult. ff. de eod. cau. dat. cau. non fecit, quem interpretationem n. 7. se excogitasse ait, antequam decem & octo annis esset, quod & ego facile credo; convincitur ex his, quæ scripti supra hoc c. n. 4. §. 5. & seqq. quibus solù hæc addere volo præter textus aptos, quos adduxi n. 18. quibus probatur, quod postquam inchoat obligatio, illa retrotrahatur ad tempus conventionis; rogo quibus textibus probet suam sententiam Retes illam probat, l. potior 11. ff. qui potior in pign. habeant. l. 3. §. ult. & l. seq. ff. ad 3 C. Maced. Nonne istæ leges loquuntur de contractibus, qui re perficiuntur? maxime, loquuntur enim de pignore, & mutuo tit. insit. quib. mod. re contrahit. oblig. quomodo ergo illis poterit probari id, quod intendit; cum in istis contractibus non detur, neque ullo modo necessaria sit conventio, ad quam obligatio referatur, postquam ex traditione rei existeret inchoat, ut num. præced. n. satis abundè probavi. Neque pro eo facit text. in lege 1. §. item emptio 2. ff. de rer. permutat. qua quasi infirmissimo fulcro niti videtur ejus sententia in illis verbis: permutatio vero ex re tradita inchoat obligationi præbet. Nam ibi Consultus ait, quod nisi alius ex contrahentibus det, non habeat actionem ad compellendum alium, ut etiam de id, de quo convenerat; & ita ex datione unius nascitur alterius obligatio: non tamen ex eo sequitur, neque deduci fideliter potest, quod illa obligatio referatur ad tempus conventionis. Si enim, ut ipse Doctor docet d. lib. 2. opusc. sect. 1. cap. 3. n. 8. pactio, & consensu in permutatione, & aliis contractibus innominatis adeo necessarius sit, ut sine illo contractus isti valere non possint, quod & rectè docet Ant. Fab. in ration. ad l. parisi 10. ff. de præsc. verb. quid faciet consensus, postquam illi non conjungitur per retrotractionem obligatio, quæ nata fuit ex rei traditione? Unde necessariò continget, ut ex postfacto omninò consensus abjiciatur ex contractu, ac si nunquam intervenisset quia nullo modo potest effici, ut conjungatur obligationis initium, & pactio, nisi per retrotractionem quam conventionem si subtraherit, nihil relinquatur; nisi tantum datio rei sine conventionem; ex qua datione non datur nisi repetitio tantum rei suæ: ad cujus probationem accipit elegans exemplum, quod dabimus infra lib. 3. cap. 6. n. 2. circa fin. ergo contractus innominati consensu inchoantur & eorù obligatio, licet oriatur ab ipsa rei datione, tamen ad tempus consensus debet referri: & sic intelligendus ex sext. in lege tertio Codic. de rerum permutat. textus

in l. divisionis 45. ff. de pact. Fingamus igitur inter nos convenisse, ut tu mihi decem dares, & ego aliquid facerem quandiu re ipsa nulla subest causa, vel quandiu nec tu dedisti, nec ego feci, quia nondum obligatio est, idem nedum perfectus contractus dici potest, sed tamen nec nudum pactum est, quia contractus causa factum est, & contractus formam habet, nam conventio omnino dat formam contractui. Sic plerumque dicitur pactum transactionis, permutationis, divisionis causa factum; quod idem est, ac si diceret designatum esse iam contractum transactionis, permutationis, divisionis: l. tres fratres, d. l. divisionis 45. ff. de pact. l. cum proponas 17. C. de trasact. l. si superstitie 5. C. de dot. d. l. 3. de rer. permut. l. divisionem 15. C. famul. erisc. l. 1. C. de pact. convent. l. si instituta 27. ff. de inoff. testam. Itaque ea ratione omnis contractus incertus multoties dicitur pactum vel pactio, vel conventio: l. in traditionibus 48. ff. de pact. l. solent 15. ff. de præsc. verb. quod nullibi reperies dictum de contractibus, qui consensu nudo perficiuntur, quia illi ab initio perfecti nunquam finibus pactorum steterunt. Innominati vero subsequuta res, seu factio à principio conventionis contracti sunt, jungiturque initium obligationis initio conventionis: & utrumque tam contractus, quam obligatio computantur ex eo tempore, quo conventio intervenit.

Hoc ipsum verum reperies in omnibus contractibus nominatis, qui sub conditione concipiuntur, in quibus & si post longum tempus à conceptione contractus adimpleatur conditio, & tunc incipiat obligatio, quia interim non est ex contractu, nisi spes tantum obligationis futura: §. sub conditione 4. insit. de rer. obligat. §. cum quis 25. insit. de in iud. stipul. l. cedere 13. ff. de V. S. l. 1. C. de cond. ex leg. tamen illa obligatio retrotrahitur ad tempus conventionis, quæ adque postea adimpleatur conditio. l. usufructus 26. ff. de stipulat. servor. & hoc ex eo solo contingit, quod quandocumque oriatur obligatio, non possit non dici à contrahentium consensu ortam fuisse illam obligationem; & si non retrotraheretur, debet dici absque consensu ortam fuisse, arg. l. neque emptio 8. ff. de contrah. empt. l. necessario 8. ff. de peric. & commod. rei vend. & cum nemo obligetur ex contractu sine suo ipsius consensu: l. 1. §. 1. ff. de pact. l. 1. §. qua oneranda 5. ff. quar. rer. actio non dat quod officium dabimus consensui, qui in contractibus innominatis necessariò adhibetur, si postea obligatio, quæ inchoat à rei traditione referenda non sit ad tempus conventionis; itaque cum referatur, censeo hos contractus innominatos veluti conditionales esse; & illam secum habere conditionem, si alter eorum dederit, arg. l. mortis 15. ff. de manumiss. ergo quandocumque dederit, adimpleta jam veluti conditione, retrotrahitur obligatio ad illud tempus, quo intervenerat conventio de alio dando, vel faciundo, quàm quod datum, vel factum fuerit. Et hæc summa, & manifesta causa est, quare in donationibus initium non inspiciamus: l. in mortis 22. l. von videtur 32. ff. de mort. cau. donat. d. l. mortis 15. ff. de manum. quia in his ab initio nulla interponitur duorum conventio, sed ex mera liberalitate donatoris pendet donatio: l. 1. & passim, ff. de donat. l. interdictionem 14. de precario. Ex quibus omnibus pro certo tenendum est, contractus innominatos non inchoari à rei traditione, sed à conventionem, & quod obligatio resultans à rei traditione conjungatur consensui, qui præcesserat: circa quæ videnda etiam sunt quæ dicemus infra lib. 3. cap. 6. num. 13. & 14.

36 Ex hac differentia, quam constituimus inter contractus, qui re perficiuntur; & eos, qui innominati dicuntur; nempe, quod illi in illis non requiratur consensus, ad quæ retrotrahi possit obligatio, quæ traditione rei

rei nascitur; in istis vero requiratur conventio, ad quam retrotrahatur obligatio, pendet elegans ratio ejus, quod dicitur contractum de re sua sibi danda non valere, etiam si dominus, qui hoc modo contraxit, eam rem postea amiserit: l. nemo rem 82. l. nemo 87. ff. de ac. O. l. & an eadem 14. §. actiones 2. ff. de except. rei jud. l. possideri 3. §. ex pluribus 4. ff. de acq. p. s. l. non ut 159. ff. de rer. jur. §. item nemo 22. insit. de in iud. stip. quia in contractibus initium conventionis respicimus, quo tempore sua res erat, vel conditio videtur impleta, seu omnino contractus purus fuisse, quandoque postea impleta fuerit l. filius familias 78. ff. de V. O. l. nisi ff. de stip. serv. d. l. neque emptio 8. ff. de contr. empt. d. l. necessario 8. ff. de peric. & commod. rei vend. l. potior 11. ff. qui potior in pign. habeant. l. item 18. §. ff. de pecun. const. l. si venditur 4. §. si antequam 1. ff. de usufr. cap. Dovel. & Usuald lib. 9. comment. i. jur. civ. c. 6. lit. D. Ant. Fab. in jurispr. Pap. tit. 7. pr. 7. ill. §. Joan. Borchholt. de verb. oblig. c. 6. n. 56. Cu ac lib. 17. q. p. p. in l. si servus 18. ff. de stip. serv. & lib. 3. q. 9. Pap. in l. iuter 15. ff. de pecul. castr. Itaque, cum facta retrotractione ad initium conventionis, semper sit verum dicere, obligationem de re sua non posse nasci; & hanc, quæ nascitur, per retrotractionem fieri ejus temporis, quo nasci non potuit; idem non potest subsistere contractus, quo quis vult, ut res sua sibi detur. Ex quibus cognosco quàm gravi errore deceptus fuit Cujacius, dum lib. 15. q. 9. pap. in l. Catoniana 3. ff. de leg. Caton. affirmaverit Regulam Catonianam pertinere ad contractus; cum ea quæ diximus, non proveniant à Regula Catoniana, sed à natura ipsa contractuum, quibus semper attenditur initium ipsum conventionis, non solum quando contractus sunt puri, sed etiam quando sub conditione concipiuntur, cum Regula Catoniana ad conditionalia non pertineat: cetera 4. §. tractari 2. ff. de legat. 1. de qua vide quæ diximus supra lib. 1. c. 11. in fin.

38 Ex his, quæ huc usque diximus, verissima mihi videtur sententia Antonij Gom. (licet eam reprehendat Doctor Retes lib. 2. opusc. sect. 1. c. 3. n. 78. & 9. & ab eo laudati Ignarius Lazare de decima vend. & permutat. c. 17. n. 44. in additionib. Gironda de gabell. 9. part. §. 10. num. 5.) dicentis l. b. 2. var. cap. 8. num. 1. in contractum permutationis non ex interventu rei, sed ex tempore conventionis metiendam esse obligationem, quasi per retrotractionem, ut docuimus, illa referatur ad initium consensus, licet non nascatur usque ad traditionem. Idemque, si quo tempore intervenerat conventio, alius erat gabellarius; & alius tunc, quando ex alterutra partes res intervenit, priori gabellario deberi decimam permutationis, quam alcavala vocamus: Idem sentit, & rectè docet Parladorus, lib. 1. rer. quot. cap. 3. §. 3. num. 32. & 33. Azevedo in l. 2. tit. 17. lib. 9. c. pilot. num. 14. & 15. Tiraq. de retr. lignag. §. 1. gl. 10. num. 115. Sicque judicatum fuisse ait Joseph. Ludov. dec. Peru. §. 114. & cum aliis pluribus Joan. Gutier. de Gabell. qual. 7. per totam, præcipuè num. 29. & 30. quo in loco fidelissimè agit de his quæ faciunt ad decisionem hujus questionis, licet eam non per retrotractionem traditionis rei, quæ tota quæstio nititur, resolvat, ut nos facimus, & facit expresse l. 5. tit. 17. lib. 9. non recopilat Idem docendum est in venditione & permutatione conditionali post impletam conditionem, Gutier. plures adducens, de Gabell. q. 8. per tot. Quæ sententia non solum nititur in l. explicato 3. C. de rer. permut. & l. divisionis 45. ff. de pact. sed etiam in omnibus iis, quæ circa retrotractionem tam fuscè in præcedentibus scripsimus.

39 Ex dictis non possum non mirari Joannem Gutier. in dict. loc. cum ea, quæ de Gabellario. scripsimus rectè sensisset, postea in eodem tract. de Gabell. qual. 18. D. Hieronym. de Oroz. de Apicib. Jur. Civ.

40 num. 1. usque ad num. 8. inclusivè, asservisse in permutatione diversimodè statuendum esse; nempe quod gabella debeatur Gabellario, qui erat tempore, quod tradebantur res permutatæ, & non ei qui erat tempore conventionis, quod postquam de jure communi ut in dubitatum resolvit, etiam de jure regio nostrorum idem statuendum esse putet ex n. 9. & seqq. quod quàm absurdum est & non solum antiquæ jurisprudentiæ, sed etiam legibus patriis repugnans ex dictis in hoc c. n. 4. §. 5. & seqq. & dicendis infra toto lib. 3. præcipuè c. 4. facillimè cognoscetur: Maximè si attente consideretur, quod obligatio illa, quæ initium in permutatione sumit à traditione rei, d. l. 1. §. item emptio 2. ff. de rer. permutat. retrotrahatur præcisè ad tempus factæ conventionis: Ergo cum hac retrotractione retrocedatur traditionem quoque eo tempore intervenisse, necessariò gabella solvenda est gabellario, qui erat tempore celebratæ conventionis, & non ei qui erat tempore conventionis.

Denique dicere actionem præscriptis verbis, quæ nascitur ex directa causa, utilem esse posse; idem est, ac dicere ex contractu directo non nasci nisi actionem ex æquitate, & non ex mero juri contractu: Quod quàm longè ab sit à recta ratione juris, nemo non videt, tamen quia alio in loco copiosius sumus acturi de tit. præsc. verb. hic suspendimus judicium nostrum. Ex superioribus omnibus constat, quantum disset à mente interpretum sensu Jurisconsulti Celsi in d. l. ult. ff. de cond. cau. dat. cau. non sequuta, quam nos forsan penetrasse credimus, nisi decipiamur, sicut & creditur Doctoribus in re tam obscura fuisse deceptos. Et inter eos neque miseratione pià dignus est Reinhard. Vachou. qui penitus naturam conditionis, & actionis præscriptis verbis ignoravit; & alios miro, furoris impetu redarguit: Et quod magis risum provocat est, videre eum notantem quatuor errores contra Anton. Fab. dec. 83. err. 5. & seqq. cum in ipso plures errores quàm verba reperiantur:

CAPUT VII.

An constitutio Divi Marci ad Ausidium Victorinum pertinuerit ad eos servos, qui dabantur ea lege, ut manumitterentur.

SUMMARIUM.

- Legi ult. & l. 3. §. quinimo de cond. cau. dat. cau. non sicut obsant, l. 10. de in jus vocand. l. 11 §. 1. de minor. l. 1. 3. 4. & 6. ff. qui sine manu ad libert. perven. & similes.
- Legi 3. §. 3. de condition. cau. dat. cau. non sicut. proponitur, & explicatur, & numero 6.
- Servus, cui facta fuit mora in manumittendo, ipso jure liber est.
- L. ult. de serv. export. explicatur.
- Divus Adrianus in l. ult. de serv. export. constituitur nisi servi, qui vilius venderentur, ut intra certum tempus manumitterentur, ipso jure liberi fierent.
- Idem statuit. circa servos ea lege donatos in l. 12. §. 2. de verb. oblig.
- Sævolam Divo Marco ætate superiorem fuisse ostenditur.
- Explicatur dict. leg. 11. §. 1. de minor. l. 6. §. ult. l. 23.

- leg. 23. §. 1. Digest. de pecul. legat.
 Divus Marcus postea constituit, ut ipso jure hi servi liberarentur.
 Et si tempus libertatis non adjiceretur, post duos, vel quatuor menses, eos liberos esse decrevit.
 Explicatur, l. 8. §. 1. de jur. patronat. l. 13. de oper. liber. l. 22. de stat. homin.
- 3 Adducta leges in num. 1. unico argumento inducuntur.
 Difficultatis responsio quedam impugnatur ex l. 38. §. 1. ff. de liber. cau. & n. seq.
 Divi Marci constitutio omnes servos, pro quorum manumissione aliquid datum est, comprehendit.
 Quicumque condicere servum, de ejus manumissione pœnitet, & n. seq.
- 4 Superioris sententia extenso nimis temperatur quadam exceptione.
 Explicatur, l. 3. ff. qui sine manu. ad lib. perven. & ratio exceptionis traditur.
 Ipsa conditio pœnitentia de manumissione servi est, & n. seq.
 Adducitur, d. l. 38. §. 2. & l. 5. sed si dedi ff. de tribut. act.
- 5 Quomodo intelligi debeant, in d. l. 5. §. 2. verba: Et condici potest, vel præscriptis verbis agi, & n. super.
 Qui agit actione præscriptis verbis videtur remittasse constitutioni Divi Marci.
 Directe actioni etiam conditio inest.
 Qui agit ad interesse actione præscriptis verbis, vel condicere servum, mutasse voluntatem manumittendi creditur.
 Divi Marci constitutio locum habet in permutatione.
 Permutatio emptioni vicina, & similis est.
 In l. ult. ff. qui sine manu. ad lib. constituitur tempus dande libertatis ex constitutione Divi Marci.
- 6 Rescè conciliantur, d. l. 38. §. 1. de liber. cau. & l. 5. §. 2. de præscript. verb. & l. 3. §. 3. de condit. cau. dat.
 Pauli Castrensis, distinctio refertur, & reprobat.
 Antonius Faber, qui d. l. Triboniano tribuit, refutatur.
 Doctoris Retes, doctrinam cum superioris dictis conferri Auther deprecatur.
 Referuntur plures Doctores de constitutione Divi Marci scribentes.

LEgibus explicatis & p. super. objiciunt interpretæ constitutionem Divi Marci, qua constitutum fuit, ut servus venditus ea pactione, ut intra certum tempus manumitteretur, si dies manumissionis præterierit, ipso jure liber efficiatur: l. sed si hac 10. ff. de in jus vocando, l. verum 11. §. 1. ff. de minor. l. in eo jure 43. ff. de ritu nupt. l. Paulus respondit 38. in princ. ff. de liber. cau. l. quod autem 7. §. uxori 8. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. servum 8. §. 1. ff. de jur. patronat. l. si quis hac ff. de oper. liber. l. 13. 4. & 6. ff. qui sine manu. ad lib. perven. l. 1. 2. 3. & 4. C. si mancip. ita fuerit alienat. ut manumittit, vel contra l. tutela 3. §. sed etsi hac 2. ff. de legiti. tutor. l. etiam 3. §. sed si hac lege ff. de bon. libert. l. inestato 3. §. is plane 3. ff. de suis. & legiti. hered. l. Alianus 20. ff. de manum. l. si servus 84. §. idem probandum 1. ff. de hered. inst. l. si servum 71. §. 1. ff. de acquir. hered. l. cum venderet 7. ff. de serv. exportand. ergo hic servus, in cujus manumissione intervenit mora, cum ipso jure liber extiterit, nihil

mea interesse potuit; idèdque neque dari debuit actio præscriptis verbis: d. l. dedi 3. §. quod si ira ff. de cond. cau. dat. cau. non fecit. cum similibus.

Ex l. ultim. ff. de serv. exportand. apparet Divum Adrianum primum constituisse, ut servi vilis venditi ea lege, & conditio ne, ut liberi post certum tempus essent, non fierent liberi ipso jure, quasi manumissi à venditore, sed necessaria esset manumissio, ut libertatem consequi possent: Quod & statuit circa servos donatos sub eadem conditione: leg. qui Roma 112. §. Flavius 2. ff. de P. O. Ex hac Adriani constitutione apparere videtur Scævola Divi Marci ætate superiorem fuisse quod etiam demonstrare videtur Ulpianus in d. l. verum §. 1. de minorib. ubi citat Scævola de lege Ælia Sentia, & restitutione minorum viginquinq; annorum, si major viginqui annis servum ea lege vendiderit, ut manumitteretur: Cui legi Æliæ Sentia, & restitutioni minorum vult Ulpianus constitutionem Divi Marci nihil postea derogasse; quominus in propria specie illius §. dicendum sit post eam constitutionem idem, quod Scævola dixerat ante eam. Et judicium hoc non parum juvat text. in l. dominiis 23. §. 1. de pecul. legat. ubi dicit Scævola ex jure, & tempore antiquo, & suo nulla facta mentione rescripti Divorum Severi, & Antonini; quod postea contrarium Ulpianus proponit, in l. si peculij 6. §. ult. ff. eod. tit. Divus verò Marcus postea constitutione sua effecit, ne opus manumissionis esset, sed quod post illud certum tempus ad manumittendum definitum, vel si tempus nullum adjectum esset; post duos, vel quatuor menses essent liberi eodem modo, ac si verè & realiter manumissi essent ab emptore, vel donatario: De quo in d. l. servum 8. §. 1. ff. de jur. patronat. d. l. si quis 13. ff. de oper. libertor. l. Herennius 22. ff. de stat. homin. Hæc tamen non satis convincunt, quominus Scævola Divi Marci temporibus vixisset: Et vixisse apparet ex eo, quod deus Imperatoris constitutionem de eo, qui libertatis causa bona addicuntur, citaverit in l. primo 23. ff. que in fraud. credit. Sed quid vetat Scævola longissima senectute fruentem, & in multis annis scriptorem, & juris Authorem fuisse tempore Divi Marci maxime cum non Probetur ex constitutione, ejus principis aliter usum fuisse, quam antea ipse scripserat.

Hæc obiter: nunc ad rem: si in hac specie, seu contractu, do ut servum tuum intra illud tempus manumittas, vel etsi non adjiciatur tempus, id ad duos, vel quatuor menses definitur, non videtur opus esse actione præscriptis verbis de eo, quod actoris interest manumissum fuisse: Nec condici poterit id, quod datum est pro manumissione, postquam res ipso jure sequuta est: d. l. 1. & ult. C. si mancip. ita fuerit alienatum, ut manumittit, vel contra. Huic difficultati non feliciter satisfaciet, si quis dixerit constitutionem Divi Marci tantum pertinuisse ad manumissiones eorum servorum, qui hac lege venditi fuerint, ut post certum tempus manumitterentur; & in supradictis speciebus servos non fuisse venditos, ut manumitterentur, sed datum fuisse alium servum domino alterius servi, ut proprium illum mancipium manumitteret, ut apparet ex d. l. naturalis §. 2. in fin. ff. de præsc. verb. Nam contrarium statuit Paulus in d. l. Paulus respondit 38. §. 1. ff. de liber. cau. in his verbis: Idem respondit, constitutionem quidem Divi Marci ad libertatem eorum mancipiorum pertinere, qua hac lege venierint, ut post tempus manumitterentur, sed eandem favorem libertatis consequende causa etiam eam mereri, pro qua dominus pretium accepit; ut ancillam suam manumitteret; cum idem etiam libertatem habiturus sit. Ubi generaliter statuitur, constitutionem

stitutionem illam non solum comprehendere servos venditos sub illa lege, ut intra certum tempus manumitterentur, sed etiam quoscumque alios, pro quibus pretium absque venditione datum fuerit. Itaque pro vera sententia constanter sustinendum est, etiam servos, pro quibus manumittendis aliquid datum fuit, ex constitutione Divi Marci consequi libertatem: & in hac sententia est novissime (& mi ipsa placet) Doctor ætes lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 4. num. 8. 9. 10. & seq. cum aliis juris interpretibus, quos ibi adducit: tamen in eius explicatione omnino diverfus erimus ab ipso, ne Ulpianus in d. l. 3. §. quid si ita & paulus in d. l. naturalis §. 2. in quibus dicitur conditio, daturque actio præscriptis verbis, nobis opponi videantur.

4 Unde ut objectionem superiorem diluamus, sententiæ præcedenti hæc exceptio adhibenda est, quod dicitur conditio, si servum condicat dominus, qui illum dedit, ut manumitteretur: nam eo ipso, quod condicere, manifestum est non perseverare in eadem voluntate manumittendi, quam tunc habuerat. cum servum, & manumitteretur dedit; contractum etiam dilabit, ut super cap. ostendi. Quæ exceptio, omnino observanda, non adhibetur à nobis abfque prudentum autoritate. Calistratus enim l. eum, qui 3. ff. qui sine manu. ad lib. perven. loquens de eadem constitutione Divi Marci sumpta rigorose in servorum venditione, quæ fit ea lege, ut intra certum tempus manumitterentur, eandem distinctionem de perseverantia voluntatis venditoris adhibuit in his verbis: Eum, qui ita venit, ut intra tempus manumitteretur cum dies præstantia libertatis venerit vivente venditore, & perseverante in eadem voluntate: perinde haberi, ac si ab eo, à quo debuit manumitti, manumissus esset: mortuo autem venditore non esse hæc dicitur eius voluntatem explorandam Divus Marcus cum filio suo rescripsit. Quæ exceptio nititur ea potissimum ratione, ne aliter disposito jure fiat injuria ei, qui sine cujusquam damno, & injuria voluntatem suam mutat: quoad id si qui servum accepit ea conditione, in manumittendo cessat: itaque damno afficeretur is, qui servum dedit, si non haberet conditionem. Si eo casu, quo emptorem primum servum accepit ea lege, ut post certum tempus manumittat, nondum soluto pretio, & satisfacto; non habet locum constitutio Divi Marci: neque emptor ipse manumittere potest, quia servus nondum in bonis emptoris est; & idèd venditor eum vindicare potest, d. l. paulus 38. §. quæstionem 2. ff. de liber. cau. l. procuratoris §. 5. sed si dedi ff. de tribut. ult. quid impedit, & idem dicitur in supradictis speciebus, ubi condicere possum servum, quem tibi dedi, ut servum tuum manumittas, antequam tu ex parte tua fidem impleveris, quasi non tenear interim ex mea adimplere: & hæc de conditione verissime statuuntur.

Videamus de actione præscriptis verbis, quæ dicitur à Paulo dati in d. l. naturalis §. 5. & cum do ff. de præsc. verb. ibi: Condici ei potest, vel præscriptis verbis agi. In quo etiam constanter persisto; & affirmo, quod ille, qui agit actione præscriptis verbis, non videatur perseverare in eadem voluntate, qua voluit servum manumitti; & ita constitutionem Divi Marci in eo casu locum non habere: nam si servus ea lege venditus est, ut post tempus certum manumittatur, nec manumissus sit, nec slet manumissionis voluntas de libertate, vel manumissione; in eo casu aliquid diversum futurum erit à constitutione Divi Marci; nempe. ut venditor agat actione venditi in id, quod sua interest illum servum manumissum esse: alioquin emptor sentiet utilitatem ex eo, quod non manumississet servum, quem tamen ut manumittendum

minoris emit, vel constitutio licentiam voluntatis mutandæ venditori non reliquit. Certe qui agit ad id, quod sua interest, videtur remittare constitutioni, & manumissioni servi & manumissionem, seu libertatem servi vertere in id, quod sua interest in lucrum. seu patrimonium. Denique si verum esset eum, qui servum condicere, pœnitere: l. si pecuniam §. 5. si servum 1. ff. de cond. cau. dat. cau. non fecit. & voluntatem de servo manumittendo revocare; multò magis eum pœnitere dicemus, qui agit directa actione qualis est actio præscriptis verbis (ut alio loco fuse tractabimus) cui directæ actioni inest etiam conditio, de quo non nihil diximus in cap. super. & multa alibi dicimus, dum infra lib. 3. ad tit. de præsc. verb. commentarium constituerimus. Hac posita interpretatione nihil de constitutione Divi Marci in hoc contractu permutationis tollimus, imò plurimum ei tribuimus dum volumus, ut qui servi manumittendi legem dixit, in eadem voluntate perseveret, sicut debet perseverare in contractu emptionis. Et hoc solum docemus, non permanere in eadè voluntate eum, qui agit in id, quod sua interest servum manumissum esse, vel servum ipsum condicere: aliàs enim ubi mutatio voluntatis non colligitur, eodem modo locum habere constitutionem divi Marci in permutatione, vel in eo negotio, quale proponitur in d. l. §. cum do, ac habet in emptione, & venditione, ubi expressa est illa constitutio. Nam si ex venditione eam Papinianus sua prudentia extendit ad donationes: l. penult. ff. qui sine manu. ad lib. perven. motus ex eo, quod eadem militat ratio in donatione, ac in emptione; cur illa non debet extendi ad permutationem, cum permutatio emptioni, in qua expressa est constitutio vicina, atque similis esse dicatur? l. Aristo ut ff. de rer. permutat. l. secundum 19. §. pen ff. de adilit. edit. l. 1. C. de rer. permutat. l. ult. ff. quib. ex cau. in possess. eat. Cæterum tempus libertatis ex constitutione Divi Marci conservandæ definitum extat in l. ult. ff. qui sine manu. ad lib. perven.

His explicata manet extensio constitutionis Divi Marci ad casum permutationis: & interposita sic exceptio illa, scilicet. si non mutaverit voluntatem non solum non habemus nobis contrarium paulum in d. l. paulus respondit. 38. §. 1. ff. de liber. cau. & Papinianum in l. si quis ab alio 19. ff. de manu. [quos explicare intendit Retes] imò potius nostræ sententiæ summopere arident: ergo minus tuta (ne dicam injuriosa) est illa subtilitas distinctionis Pauli Castrensis, quam refert, & sequitur dictus Doctor Retes d. l. cap. 4. num. 12. scilicet quod si servum meum do, ut ille ipse servum manumittatur intra certum tempus, nec manumissus fuerit; succedat tunc constitutio Divi Marci: si verò de pecuniam, ut servum suum manumittat, quod tunc constitutio locum non habeat: & de primo casu loqui in d. l. si pecuniam §. 5. si servo: de secundo in d. l. 3. §. quid si ita ff. de cond. cau. dat. cau. non fecit. rationem reddit, quia constitutio illa Divi Marci, quæ dicta fuit tantum servo, qui venditoris erat non potest extendi nisi ad eos servos, qui erant ejus, qui dedit, ut manumitterentur: quia non potest ad partem, ad quam extenditur illa constitutio, efficaciori extensione porrigi, & operari, quæ stetit, & operari in parte illa, ad quam nominatim introducta fuit. Hæc cum Paulo Castrensi Doctor Retes, quæ non multum placent quia non sufficienter explicant quæ diximus de conditione, quæ datur, & actione præscriptis verbis in his casibus, & similibus. Neque hos textus necesse est, Triboniano calumniosè tribuere, ut efficit Antonius Faber in rational. ad d. l. ult. salvi enim in suo integro sensu manent

interpretatione nostra. His meo videri illustre commentarium conscripsimus ex omni parte absolutum ad l. ultim. ff. de cond. cav. dat. cav. non secut. hucufque forsã ab interpretibus non bene intellectam; quamvis de ea, vel fusè, vel obiter scripserunt Bartol. ad l. 2. in princ. num. 7. ff. si cert. petat. Corrasius lib. 2. miscellanear. cap. 9. Afflicus decis. 288. Fortunat Garzia in l. juris gentium 7. ff. de part. in princ. num. 17. Bartol. ad l. 1. column. 2. ff. de donat. Forcatul. dialog. 49. num. 2. Cujac. lib. 23. observat. c. 29. & lib. 2. quest. Papin. in l. si tibi 7. ff. de prae. verb. Donel. lib. 13. comment. jur. civil. & ibi. Osuvald. liter. S. & lib. 1. 4. cap. 2. liter. D. cum aliis, quos ibi refert Zasius in 2. part. antbin. dissolut. colum. 2. Jafon in §. sic itaque 14. inst. de action. num. 12. Alciat. lib. 1. de eo, quod inter. & alij, quos in duob. cap. preceden. adduximus. Quia alia plura voluerit scite pertinentia ad constitutionem Divi Marci videat eundem Doctorem Retes in lib. si. g. quest. Seavola in l. cum venderet. ult. ff. de serv. ex portand. illuc. tamen eum non remittimus, nisi interposita deprecatione, ut illa conferat cum his, quae circa extensionem hujus constitutionis ad casum hunc, quem in permutatione explicuimus, in hoc. cap. scripsimus.

CAPUT VIII.

Explicatur Text. in l. pen. ff. de cond. cav. dat. cav. non secut. & conciliatur cum l. dominus 8. ff. de praescrip. verbor.

SUMMARIUM.

- 1 Difficultas textuum ex controversiis D. D. ponderatur. L. pen. species propria proponitur. In ea lege passio intervenit, ut servus domino redderetur, si innocens esset. Supra dicta conventio fuit frequens, & vulgaris. Qui dolo possidere desit, tenetur actione ad exhibendum.
- 2 Species leg. dominus, in quo differat à superiori ostenditur. Cur in dict. l. dominus detur actio praes. verb. & in l. pen. non nisi conditio, docetur. Quare in dict. l. dominus non detur actio ex emptio? An eo ipso, quod res aestimata detur, fiat emptio, & venditio? Explicatur l. 10. §. 4. in fin. & §. seq. l. 16. de jur. dot. l. 1. §. ult. de aestim. act. & l. 5. C. de jur. dot. An aestimatio rei tradita faciat simplicem venditionem? P actio ut reddatur, sive res, sive aestimatio contra naturam emptionis sit. Superior ratio quomodo intelligenda sit, traditur.
- 3 Agitur de explicanda l. dominus 8. ff. de praescrip. verb. Quando datur sensus, ut questio de eo habeatur, est datio ex parte domini, formatque actionem contra accipientem. Hoc in servo aestimato tradito tantum locum habet.

Conventio de eadem re, quae traditur reddenda, non potest plus operari, quam ipsa aequitas.

Aestimatio diversa res est ab ipso servo, eaque proprie contractum facit.

Ubi datur actio ad aliud, quod datum est, etiam potest dari conditio ejus, quod datum est.

Obligatio ob rem dati inest actioni praescripta verb.

4 Quae sit principalis questio dict. l. dominus demonstratur.

Qui actione peti possit pecunia, si eam dominus elegerit, quaeritur?

Conjunctus dicendo per actionem civilem non demonstrat speciem actionis competentis.

Actiones certa, provenientes ex contractibus certis, sunt etiam civiles.

Adversus accipientem nulla obligatio est, si apparuerit servum factum fecisse.

Duo casus distinguuntur in dict. l. dominus, in quibus non efficitur contractus.

Explicatur versic. tunc enim & datam aestimationem reddi à domino oportere.

5 Quaeritur eo casu, quo pecuniam elegerit dominus, & innocens fuerit servus, qui actione peti possit pecunia?

Ratio dubitandi adducitur, qua probatur nullam actionem tunc dandam esse.

6 Rationi dubitandi respondetur. In contractibus innominatis non exitus, sed initium inspiciendum est.

Quando datur servus aestimatus, ut de eo questio habeatur, contrahitur contractus sub conditione.

7 Conditio naturalis non potest simul concurrere cum actione praescriptis verbis.

In dict. l. dominus 8. non debentur simul servus, & ejus aestimatio.

Conditio datur, quoties renuntietur contractui & solum sine lucro res data repetitur.

Quid per actionem praescriptis verbis, & quid per conditionem petatur, ostenditur.

An debitor eligere possit, utrum det aestimationem, an ipsum servum?

Explicatur l. 34. ff. de contrah. empt. & l. 10. ff. de jur. dot.

Diversa est causa voluntatis expressae, & ejus, quae inest.

8 Periculum servi, qui mortuus, vel deterior factus est, ad quem pertinet in dict. l. dominus quaeritur.

Exitus questionis servi in hac questione attendendus est.

Servus per maleficio potest deteriorem facere causam domini sui.

An si sine conventionem servum acceptus, tortus, & simul absolutus sit, similiter agi possit?

Et an tunc ex contractu agendum sit, an ex l. Julia de adulter.

In quo condemnatur tunc accusator, ostenditur. L. ult. ff. de calumniator. l. 6. C. eod. tit. l. 27. §. fin. cum l. seq. ff. ad l. Jul. de adulter. immediatam questionem resolvunt.

Quomodo intelligendus sit text. in dict. l. dominus breviter ostenditur.

Antonij Fabri emendatio ad dict. l. reprobatur.

9 Superioribus objicitur l. pen. ff. de cond. cav. dat. cav. non secut.

In dict. l. pen. servus inestimatus fuit datus ad questionem.

Distincta est l. penult. species ab ea, quae continetur

in dicta lege dominus.

Quomodo intelligantur verba leg. pen. quia & ante mortem dare tibi oportuerat.

Qui non facit quod facere debet, videtur facere quod non debet.

In dicta lege penultim. non fuit interposita conventio de alia re reddenda, quam quae data est.

Papinianus, & Pomponius de diversis casibus agunt dictis in locis.

De fure quis cognoscebat antiquius, & de eorum supplicis agit remissive.

10 Explicatur ex dictis l. 1. §. 18. Digest. de quaestione.

Dominus inuito servo suo nequaquam debet privari.

Quare in d. l. pen. dicatur, servum à domino datum fuisse.

Perfector interpretatio ad dictam leg. penultim. promittitur.

Interpretatio harum legum, & conciliatio difficillima est; & tamque difficultiore reddunt suis commentariis Antonius Faber, de error. pragmat. dec. 83. error. 5. 6. & 7. ubi more suo emendat, dict. l. dominus 8. ff. de praescrip. verb. & in ration. ad eandem leges: doctissimos D. D. Martin. de Larrategui lib. 8. sectar. jur. civil. disputat. cap. 9. num. 13. Cujac. lib. 27. quest. Papin. in dict. l. dominus lib. 3. responsor. Papin. in l. in venditione 4. ff. de action. empt. & obiter lib. 9. observat. cap. 37. Osuvald. lib. 15. comment. Donel. cap. 29. liter. O. Jafon. in §. ex maleficio 18. institur. de action. in 2. not. Referamus speciem: Cum servus tuus in suspicionem furti Atrio venisset, dedisti eum in quaestionem; id est, ut quaestio de eo haberetur ad evendendam facinoris perpetrati veritatem, & ad cognoscendum, an illius furti reus esset, vel non; aut etiam, ut indicaret socios illius criminis, ut in l. ultim. ff. ad exhibendum l. 2. C. eodem tit. de qua lege 2. vide Osuvald. cum ab eo adductis lib. 20. comment. Donel. cap. 20. liter. P. traditioni tamen lex haec appositae fuit, ut si servum illum illius criminis reum, & participem non inveniret, tibi ejus erat servus, redderetur (hanc conventionem fuisse vulgarem, quia in hujuscemodi casibus frequenter adhibebatur, probat text. in dict. l. penultim. ff. de condit. cav. dat. cav. non secut. & dict. leg. dominus de praescrip. verb. Anton. Fab. dict. error. 5.) Attius servum non torisit, sed quasi de crimine convictum eum tradidit praefecto Vigilium, ut puniret quasi in facinore deprehensum: Praefectus eum summo supplicio affecit, cum certum esset illum servum illius delicti obnoxium non esse. Quaerit Pomponius qua actione poteris Attium convenire: Et respondet, quod poteris contra illum agere condictione causa data causa non secuta: Rationem reddit, quia & ante mortem servi probata ejus innocentia obligatus erat Attius dare tibi servum: Haec de suo Pomponius, quae verissima sunt. Refert postea circa eandem speciem Labeonis sententiam dicentis te posse etiam agere contra Attium actione ad exhibendum; motus ea ratiocinatione, quia fecerit, quominus exhiberet; id est, quia dolose possidere desierit: Et ideo ad exhibendum tenetur, eodem modo ac si verè possideret: si vir. num. 14. l. Celsus 5. §. idem Julian. 2. l. Julianus 9. in pr. & §. 1. 2. & 3. ff. ad exhibendum l. ad exhibendum 5. C. eod. tit. Et ideo de nummis mala fide consumptis ad exhibendum agit, §. nunc admonendi 2. inst. quibus alien. licet, vel non Hoto in dict. §. 2. Donel. lib. 20. comment. jur. civil. cap. 9. & ibi Osuvaldus cum ab eo adductis, liter. A. A. Mentem etiam Proculi refert, quae

ex diametro videtur opponi Labeoni: Proculus enim dari oportere ita ait, si hominem illum traditum fecisset Artij, quo casu ad exhibendum agere te non posse docet: Sed si tuus mansisset servus, quem tradidisti, etiam furti te contra Artium agere posse respondit; quia re aliena usus sit, ut sciret se invito domino uti; aut dominum si sciret, prohibitorum esse. Haec est species formalissima dict. leg. penultim. in qua non datur actio praescriptis verbis, sed datur tantum conditio causa data causa non secuta.

Eadem ferè species refertur; paucis mutatis, à Papiniano in dict. l. si dominus 8. ff. de praescrip. verb. ubi eodem modo servus cum de furto argueretur, dominus eum aestimatum dedit, quaestione habendae causae (hoc minus reperitur in specie dict. l. penultim. quia ibi servus datus fuit nullà facta ejus aestimatione) aestimatum inquam dedit mancipium, ne si foret, vi tormentorum aut moreretur, aut debilitaretur, de ipsius pretio disputare cogaris: Et ita olim fieri consuevisse traditionem servi interposita stipulatione: l. servo pretio 13. ff. de quaest. restantur Antonius Faber dict. error. 3. & Cujac. lib. 26. quest. Papin. in dict. l. si dominus ff. de praescrip. verb. & ea ratione in ea lege datur actio praescriptis verbis, non verò conditio: Et in dict. l. penultim. ff. de condit. cav. dat. cav. non secut. datur conditio, non verò actio praescriptis verbis. Unde verò haec actionum nascatur differentia, & diversitas, inventu facile est; nam provenit ex eo, quod in dict. l. penultim. servus datus fuit inestimatus, & in dict. l. si dominus 8. traditus fuit, prius facta ejus aestimatione. Sed mirum videri potest, quare in dict. l. si dominus 8. non detur actio ex empto, quia servus datus fuit aestimatus, & solet aestimatio facere emptionem, & venditionem: plerumque 10. §. ante 4. in fin. & §. seq. l. quoties 16. ff. de jur. dot. l. 1. §. ultim. ff. de aestim. action. l. quoties 5. C. de jur. dot. & tunc sine dubio datur actio ex empto: cum dotem 10. eodem tit. de jur. dot. Donnell. lib. 14. comment. jur. civil. cap. 7. & ibi Osuvald. liter. A. idem Donellus lib. 16. cap. 1. Sed contra statutum est in dict. l. si dominus, non solum ex eo, quod aestimatio non faciat simplicem venditionem, sed propriam speciem venditionis; puta dotis causa venditionem, dict. l. 16. ff. de jur. dot. Cujac. lib. 18. observat. cap. 1. & lib. 2. responsor. in l. fidejussor 2. ff. de distract. pignor. sed etiam ex eo, quod non tam venditio declaratur, ut loquitur Papinianus, in l. cum post 69. §. cum res in dotem 7. ff. eodem tit. de jur. dot. & etiam quia abhorret à natura emptionis, & venditionis pactio de alterutra re reddenda, sive re, sive aestimatione, dict. leg. plerumque 10. §. ultim. Cujac. ad Papin. in dict. l. si dominus. Hanc tamen rationem Cujacij non ita intelligas, quasi ipse dicat in obligationem deductum fuisse utrumque, nempè vel pretium, vel servum; Quod convincitur ex his quae inferius dicenda sunt num. 7. Nam quod Cujacius ait est, quod dominus habeat potestatem eligendi, vel servum, quem tradidit; ita, ut condictione eum repetat vel aestimationem, quam consequi potest actione praescriptis verbis: Quod omnino contrarium est emptioni, & venditioni; in qua si servus; vel alia res vendita petatur ab eo, qui eam quasi venditam tradidit, necesse est per actionem utilem rescindere prius contractum emptionis, & venditionis, l. ex empto 1. §. is qui vina 6. ff. de act. empt. secundum ea, quae diximus supra hoc lib. cap. 6. num. 15. & seqq. & dicemus numero seqq.

His speciebus legum traditis, ut rectè explicemus Papinianum in dict. l. si dominus 8. ff. de praescrip. verb. Notanda

Notandum est, quod quando servus quaestionis de eo habendae causa datur, ex parte domini, qui eum tradidit, sit datio; Et quod lex quae dicta est haec datio non (puta, quod si furti innocens esset) formet actionem contra accipientem: *l. in traditionibus 28. ff. de pact. l. omnia 7. ff. de reb. cred. l. rebus 6. & l. ultim. C. de ver. permutat. l. ultim. C. de pact. inter emptor. & vendit. l. venditor 13. ff. commun. praedictor.* Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 3. princ. 2. illat. 13. & tit. 5. princ. 2. illat. 7. & in rational. ad l. quod si locus 11. ff. de religiof. & sumptib. funor.* Haec verò lex, seu conditio fuit de tradenda aestimatioe servi, si is furti, quo arguebatur, non convinceretur: Et ea de causa servus ille aestimatus traditus fuit, quia conventio de servo simpliciter reddendo per se sumpta, non potest proprie contractum facere: Nam conventio illa nihil amplius habet, quam aequitas naturalis, qua tenentur reddere rem, quae nobis tradita est, dummodo donata non sit, ut pluribus explicavimus supra hoc *lib. cap. 6.* & idem omnia est conventio illa, quasi nihil operans; cum ipsa res, & aequitas idem valeat operari sine conventione: Aestimatio verò quae aliud distinctum est ab ipso servo tradito, vel si quid amplius convenit, id proprie & formaliter contractum facere potest; & idem expressa est de eo conventio. Ut unusquisque rem suam possit recuperare, nulla requiritur pactio praecedens de illa re reddenda, vide quae diximus supra *dict. cap. 6. num. 5. & 31. Ceterum*, ubi datur actio civilis ad petendum aliud, quam quod datum est, vel ad id, quod interest datum, vel factum esse à reo id, de quo conventio interposita fuit; dabitur etiam repetitio ejus, quod datum fuit; quia obligatio ob rem dati inest actioni praescriptis verbis, ut docuimus supra *d. cap. 6. num. 15. & seqq. ex lex emptio 11. §. si qui vina 6. ff. de action. empt.*

4 Unde principalis quaestio hujus *l. si dominus*, est, qua actione pecunia peti possit, si eam dominus, & non servus elegerit? Et illam non statim decidit Cōsultus, licet statim agnoscat civiliter agi posse; sed ex eo, quod dicatur, civiliter agi posse rō demonstratur specialis actio, quae oritur, & competitura est ex illa conventionē: Cūm certum sit, quod certae actiones ex contractibus certis proventientes sint etiam civiles. Hoc tantum definit negotium illud, de quo ibi agitur, civile, seu contractum esse: *Licet aliquo casu servum retenturus esset qui traditum accepisset*, inquit Papinianus, *Potest enim retinere servum, sive dominus pro eo pecuniam elegerit: Sive, in admisso deprehensus fuisset: Tunc enim & datam aestimatioem reddi à domino oportere.* Quis ille casus sit, quares: Et respondebo illum casum esse, quo certum apparuerit à servo furtum fuisse perpetratum; & tunc adversas eum, qui servum accipit, nulla obligatio est, sed solum noxae deditio: Illo verò casu, quod apparet servum non commisisse furtum, & dominus servum elegerit relicta aestimatioe, & voluerit magis servum habere, quam ejus aestimatioem, tunc non nascitur ulla civilis obligatio ex proprio contractu, sed nascitur tantum obligatio ob rem dati: Et hic est jurisconsulti sensus, quasi neuter horum casuum sufficiens sit ad constituendum contractum: Non primus, quia servus ille pro causa datus post causam securam nulla obligatio subesse potest contra accipientem ad hoc, ut teneatur praestare servi aestimatioem: Non etiam secundus quia licet non fuit secura causa, cujus defectu habita fuerat conventio, ut pretium daretur; cum tamen dominus postposito pretio servum elegerit, discessit à contractu, & tantum superest conditio causa

data causa non secuta secundum ea, quae *nam, praeced.* demonstravi. Uterius, Papinianus in *dict. loc.* ait. *Tunc enim, & datam aestimatioem reddi à domino oportere* quibus verbis hoc tibi velle manifestat, ut hic versio, relationem faciat ad ea, quae proxime cixerat, nempe, *sive in admisso deprehensus fuisset*, quasi dixisset in eo casu, quo de furtio convictus fuerat; is, qui servum accipit, recte petet aestimatioem, quam tradidit domino: Et tunc repetitio illa propria rei, scilicet, aestimatioe servi non facit contractum; sicut non facit repetitio facta à domino in altero casu innocenti delicti, quando omnia aestimatioe dominus magis vult habere servum, quam pretium.

Sed in eo casu, quo pecuniam elegerit dominus, quando innocens servus ex postfacto apparuerit; quaerit consultus, qua actione pecunia illa peti possit? ibi: *Sed quaesitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegerit, peti possit.* Et ut ejus quaestionis difficultas crescat pro dubitandi ratione dicimus nulla actione videri pecuniam peti posse: Ratio est, quia eo casu, quo de furtio compertum non esset, & dominus servum elegerit, videtur contractum formari; cum & contractus non improprie de sua re repetenda, vel tantundem ejusdem generis esse possit, ut copiosius infra *lib. 3.* docebitur; nec tunc aestimatio domino jam tradita ab eo reddi debet, sed solum adempta est ei facultas eligendi servi. In altero verò casu, quo de furtio compertum sit neque est, quod dominus eligat; & (quod amplius est) si aestimatio ei data fuit, eam reddere debet: Itaque si eo casu, quo de furtio compertum non sit, & dominus servum elegerit, non videtur proprie contractum fuisse; multo minus videtur fuisse eo casu, quo de furtio compertum sit: Nam tunc nec servum quidem dominus repetere potest: Ergo sine compertum sit de furtio, sive compertum non sit, nulla poterit dari actio.

Tamen haec omnia non obstant, quominus eo casu, quo de furtio compertum non sit, & à domino petatur aestimatio, & pretium, de quo conventit; contractum ab initio rectissime fuisse videatur ex conventionē illa, quae inter dominum servi, & accipientem servum interposita fuit de aestimatioe reddenda pro servo, cum ex ea conventionē dandi datio etiam servi subsequuta fuit, Neque quod postea contingat; ut antequam res ad eum casum perveniat, quo agi valeat, contractus possit reddi inutilis; quicquam facit, quia non ex postfacto, aut casu contractuum validitas aestimanda est, sed ex initio, seu conventionē; *l. desique 3. §. fucio 2. in fin. ff. de minor. l. 1. §. idem Pomponius 13. & §. si servus ff. de positi l. si procuratorem 8 ff. mand. l. si id quod 38. §. si fucio 2. ff. pro socio.* Itaque recte dabitur domino servi actio ad petendam aestimatioem, si eam omnino servo elegerit; quia est contractus, & non pactum nudum, ut in *fin. l. si dominus*, docet papinianus: Contractus quidem est, non purus, sed conditionalis, ista conditione tacite celebratus, *si de furtio compertum non sit, & dominus non servum, sed ejus aestimatioem elegerit*: Ac per consequens contractus incertus est, ex quo incerti actio praescriptis verbis resultat.

Ceterum falsissimum est illud, quod passim referamus, nempe conditionem naturalem, quia repetitur ipsa res, quae data fuit absque ullo alio commo- do, & lucro cum actione praescriptis verbis concurrere posse: Quam sententiam Antonius Faber, & alii in locis supra adductis constanter amplexi sunt, simulque crediderunt: in *dict. l. si dominus*, servum, &

& aestimatioem esse in obligatione. Nam si eodem jure utrumque deberetur, & esset una, & eadem cum actione praescriptis verbis conditio utilis, vel si utraque aequè principalis esset; utrumque servus, & aestimatio deberentur, & sic concurrerent: Certè ut alias ceteris paribus cujuscumque debitoris, etiam in hac *l. si dominus* ejus, qui accepit, electio esset, utrum dare velit servum, an aestimatioem, ut in *l. plerumque 10. §. si rei ultim. ff. de jur. dot. l. si emptioe 34. §. si emptio 6. ff. de contrab. empt. l. arbitria 2. §. Savola*, aliis non utique; *ff. de eo, quod cert. loc. sed non ita est in dict. l. si dominus*, sed tantum actioni praescriptis verbis, quae datur de aestimatioe, inest, non per se est conditio; hæc enim semper datur, quando is, qui contraxit, renuntiavit contractui; & conditione naturali ad rem suam repetendam sine alio commo- do agere voluit. Neutrâ harum actionum sic directè agi potest, ad petitionem servi, aut pretij, quasi esset alternativa obligatio, ut in *l. si duo 128. ff. de verbor. significat.* de qua, & alternativarum materia vide plura, quae doctè, & eruditè scripsit Doctor Athanasius Oreiza, & Olano *lib. 1. paralipom. & elector. jur. civil. cap. 13 per tot.* sed directâ actione praescriptis verbis, quae nascitur ex directo contractu incerto, agitur ad aestimatioem, & conditione utili ad petitionem servi. Itaque neutrâ earum conventus debitor eligere potest, utrum det; sed creditor potest, utrum petat; quia in sola ejus potestate positum est, utra actione agat: *l. si servus legatus 108. §. cum homo 2. ff. de legat. 1. l. qui duos 20 eodem tit. l. Lucius Titius 23. ff. de legat. 2. l. quoties 2. ff. de opt. legat. l. quod si 14. l. Julianus 17. §. 1. versio. quod si ff. de rei vindicat.* Aliter, atque in *l. si in emptioe, & d. l. plerumque*, quibus dicitur, nominatim convenisse, ut aut aestimatio, aut res praestetur: Quia diversa est causa voluntatis expressæ, & ejus, quae inest, *l. cum qui 138 §. 1. in fin. ff. de verb. obl. l. servo 47. l. nonnumquam 52 ff. de cond. & demonstrat.*

Denique ut totam responsi Papiniani interpretationem omnimodò absolvamus, quaeri debet ad quem pertinet periculum servi, qui vel mortuus, vel vi tormentorum deterior factus fuit in quaestione: Quae quidem quaestio non est decidenda ex rogatione dantis, vel accipientis, nam neuter rogat, sed uterque jure suo utitur: Accusator cum poscit servum ad quaestionem ob conjecturas, quas de ejus furtio profert: Dominus cum vult servum aestimatum esse, si forte de furtio non compertur, & servus per quaestionem corruptus, vel deterior factus sit, Paulus *lib. sentent. 2. tit. 4. in fin. C. de quest. l. certo 13. ff. eodem tit.* Sed circa hanc rem attendi debet exitus quaestionis, cujus habendae causa, servus datus fuit: Et idem si de furtio non fuerit convictus, deterioratio, vel corruptio servi periculo accipientis erit, quasi ex injusta causa acceperit; si verò in admisso deprehensus fuerit, periculo dantis erit, quatenus servus per maleficioem potest domini causam facere deteriorem: *l. 1. §. quod igitur 15. ff. de vi, & vi armata l. quid sit fugitivus 17. §. noxae 18. ff. de adil. edict. textus elegans in l. unica §. servi 5. ff. de furti advers. nav. caup. stabular. l. 1. ff. de noxal. action. Cujac. *lib. 17. observat. cap. 15.* Hoc etiam certum est, quod ubi sine praecedente conventionē servus ab accusatore quaestionis habendae causa deductus est, & tortus, deinde & absolutus; tunc civiliter quoque agatur, non tamen ex contractu; nam ubi non est conventio, contractus esse non po-*

test, ut in superioribus passim docuimus; sed ex *l. Julia de adult.* qua accusator ob calumniam condemnatur in duplum pretium servi, *l. ultima ff. de calumn. l. si postulaverit 17. §. ultim. cum seq. ff. ad l. Juliam. de adult. l. dominus 6. C. de calumniar.* Et sic intelligendus est ex omnimodâ parte text. in *dict. l. si dominus 8 ff. de praescrip. verb.* ubi propter aestimatioem, quae deducta fuit in pacto traditionis servi, celebratus fuit contractus innominatus conditionalis; ex quo nascitur actio praescriptis verbis post impletas duas illas condiciones, nempe, si de furtio non compertur, & dominus servi aestimatioem elegerit potius, quam servum. Ex quibus cognoscitur aperte Antonij Fabri conventionem, quam ad hanc, *l. si dominus*, tradidit de error. *pragmatic. dec. 83. error. 5.* Jurisconsulto tam maximo indignam fuisse.

Superioribus ob stare videtur Pomponius in *dict. 9 l. penultim. ff. de cond. cav. dat. cov. non secur.* ubi etiam servus propter suspicionem furti Actio torquendus traditus fuit, sicut in specie quam ex *dict. l. si dominus* in superioribus explicavimus tamen in *dict. l. penult.* non nascitur ulla actio civilis ex contractu, sed solum datur conditio naturalis ad repetendum servum: Ergo etiam in *dict. l. si dominus*, praeter conditionem naturalem nulla alia actio competere debebat. Sed in concordiam facile eos textus redpces, si attentè inspexeris, in *dict. l. penultim.* servum datum fuisse non aestimatum, & nulla praehabita conventionē de pretio; ibique adjectam fuisse hanc legem, ut si furtum compertum non esset, servus ipse domino redderetur: Quae conditio non fuit adjecta in *dict. l. si dominus*. Itaque Atrius cum non torit, sed quasi convictum praefecto Vigilium dedit ponendam: Et de eo servo summo supplicio affecto dicitur agi posse dari oportere, quia inquit Pomponius, *& ante mortem dare tibi oportuerat*, quasi absolutus sit is, de cujus furtio compertum non est; & ea de causa cognoscatur ad Actium ex injusta causa servum pervenisse: Deinde, quod per Actium factum sit, quominus restitueret posset *dict. l. penult. l. quod te 5 ff. de reb. cred. l. si in Actia 12. §. ultim. ff. de positi l. item si verberatum 15. §. ultim. ff. de rei vindicat. l. promissor 23. ff. de pecun. constit. l. si sterilis 21. §. cum per venantorem 3. in fin. ff. de action. empt. l. si servum 91. §. sequitur 3. ff. de V. O. l. si ex legati 23. eodem tit. l. cum fundus 31. ff. de reb. cred. l. si à colono 58. §. 1. ff. de fidejussor. D. D. Martini de Larreategui *lib. 3. selectar. jur. civil. disputat. cap. 3. num. 5* & qui non facit quod facere debet, videtur facere quod non debet, *dict. l. 5. de reb. cred. l. facere 189 ff. de verb. significat. l. qui non facit 111. ff. de regul. jur.* Unde constat in *dict. l. penult.* actionem praescriptis verbis dari non potuisse, quia non fuit interposita conventio de alia re reddenda, quam quae data est: Quod necessarium est ad dandam dictam actionem, ut in superioribus passim docuimus; sed de reddenda eadem re, quae tradita fuit; ad cujus repetitionem non est necessaria ulla actio, cum sufficiat conditio naturalis. Et sic non solum manent inter se non contraria Papiniani, & Pomponij responsa, sed in illis existunt summopere aniformes Jurisconsulti, cum unusquisque eorum explicet diversam genus diversâ impositâ lege traditionis. Cetera quaequæ apud Pomponiam inveniuntur de actione furti, & ad exhibendum, aperta sunt: Vide Antonium Fabrum in *rationali; ad dict. l. penultim. & supra dict. error.* Uterius de fure quis cognoscat, & de variis suppliciis in furem statutis, & de praefecto Vigilium vide eundem in *rationali. ad l. 1. §. cum servus 8. Digestis de his, qui effuder. vel dejecer. Osvaldum**

Osuvaldum lib. 15. comment. Donel. cap. 29. litera O, & apud doctissimum D. D. Martinum de Larreategui libro octavo selectar. jur. disputat. capite nono numero 13.

10 Ex d. c. is explicacionem sumit text. in l. 1. § cum quidam 17. ff. de quest. ubi cum quidam paratus esset deponere pre ium servi, ut ille servus torqueretur contra dominum, ait Ulpianus Imperatores id non admisisse: Ratio eorum rescripti hæc est, quia aliter præsupposito juræ sequeretur, ut dominus invitus servo suo careret; quod ferendum non est absque conventionem: si suis familiaris 25. §. 1. ff. de solut. marit. l. nec quasi 70. ff. de rei vindic. l. non enim 9. ff. de alion. rev. anotar. l. tutor 8. ff. de in lit. jur. Et idem in d. l. penultim. ff. de cond. cau. dat. cau. non secus. dicitur à domino servum datum fuisse ibi: Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in questionem, non alia de causa, quam ut nos erudiret non nisi tradente domino, & pretium accipere volente pro ipso servo fieri posse, ut quis possit ad questionem accipere servum æstimatum. Cæterum ad perfectam hujus l. perultim. interpretationem videntur hæc quæ dicimus infra lib. 3. cap. 13. numer. 2. & seqq. usque ad num. 6. Hæc si tibi grata fuerint discretissime lector, confer cum his quæ scripsit Reinhold. Bachov. in exercit. in obliad. Anton. Fab. dec. 83. err. 5. & seqq. & cognosces quanta sit illius authoris arrogantia, & oburgandi insatiabilis cupiditas, cum in his quæ omnino ignoravit Antonium Fabrum hostili cæcitate. & impetu iniquè concociat: Et eadem fiducia suâ credenda putet; ac si essent decreta Concilij Tridentini.

CAPUT IX.

Explicatur egregiè Textus in l. 1. ff. de legat. 2. nondum ab interpretibus satis rectè intellectus.

SUMMARIUM.

- 1 Ulpiani verba referuntur, & questio proponitur. Ulpianus docet legatum in alienam voluntatem, veluti conditionem referri posse, & numero 4. Hoc responsum varios hucusque tenuit interpretes. Suam conjecturam circa, dict. l. 1. Author pro-mittit.
- 2 Verba, & sententia, l. 32. ff. de hæred. instit. proferruntur. Etiam l. 52. de cond. & demonst. & l. 68. de hæred. instit. referuntur. Circa venditionem idem antiquius dubitatum fuisse ostenditur ex Justiniano. Plurimi Authores circa dictas questionem referuntur.
- 3 Ratio superioris questionis redditur ex definitione testamenti. Non potest esse nostra dispositio, quæ confertur in alienam voluntatem. Nihil de actibus humanis expediri potest sine voluntate & potestate.
- 4 An Ulpianus juri repugnantem decisionem dede-

rit in l. 1. ff. de legat. 1. Ulpianus docet legatum ab alieno arbitrio pendere posse. Donelli sententia contrarium statuentis referuntur. Legare nihil aliud est, quam pro imperio statuere. Donellus docet in alienam voluntatem expressam conferri non posse dispositionem testamentariam. Expressa nocent, non expressæ non nocent. Referuntur plurimi Authores, qui Donelli explicacionem admiserunt. Alia Petri Vajo Arroyo explicatio referuntur.

5 Superiori interpretationi obstant verba d. l. 1. eorumque vi ponderantur. Donelli interpretatio ab Osuvaldo laudata referuntur. Locum Terentij pro sua interpretatione ad locum Donelli. Osuvaldus illam confirmat, ex l. 32. ff. de cond. & demonst. L. penultim. ff. de cond. inst. & l. 1. §. 6. ff. de cond. & demonst. incepta conditiones improbant. Dicta Osuvaldi sententia probatur ex l. 75. §. 2. ff. de legat. 1. Eadem sententia Osuvaldi reprobat, vel non admittitur. Alia explicatio Covarruvias remissivè adducitur.

6 Interpretes reddunt rationem, quare in voluntatem alterius tacitam posse conferri dispositio testamentaria. Quod per consequentiam contingit in jure non attenditur. Legatum in alterius voluntatem tacitam valere dicunt, in expressam vero relictum non item.

7 Superiori sententia obstat text. in l. 43. §. 2. ff. de legat. 1. Objectionis variae responsiones referuntur. Afferuntur l. 65. §. 1. de legat. 1. l. 10. de reb. credit. & l. 69. ff. de cond. & demonst. An in hæredis voluntatem tacitam, sive expressam legatum conferri possit. Tractatur modus, quo explicant interpretes, l. 52. ff. de cond. & demonst. Refutatio interpretationis superioris ex Donello, refertur. Quid proprie dicatur alienum esse ostenditur. Ex l. 25. ff. de probat. redditur ratio superioris refutationis. Legatum non consistit, nisi hæres necessitate obstringatur ad id præstandum. Idem in contractibus observandum esse traditur. Referuntur l. 7. l. 13. Digest. de contrah. empr. l. 13. Codice eodem tit. l. 8. de obligat. & action. l. 2. §. 3. ff. de eo quod cert. loc. & similes. Osuvaldi, & aliorum interpretatio circa d. l. 1. refutatur. Verba veluti conditio in d. l. de expressa voluntate intelligi debent. Tacita, & subintellecta voluntas non potest facere conditionalem dispositionem testamentariam. Adducuntur l. 99. ff. de cond. & demonst. & l. 25. §. 1. ff. quand. dies leg.

Stricta

8 Stricta verborum significatione subsistitur in dict. l. 1. Inter hæc duo si Capitolium ascenderit, & si voluerit non datur differentia, in d. l. 1. Jacobi Cujacij doctrina laudatur circa dict. l. 1. ejusque verba referuntur. Intellectus Cujacij ad d. l. 52. ff. de cond. & demonst. refertur. Eodem modo explicat Cujacius l. 43. §. 3. ff. de legat. 1. Idem eodem modo interpretatur l. 46. ff. de fideicom. libertat. Joan. Borcholt. semper ex bona fide sequitur sententiam Cujacij. Osuvaldi nota contra Cujacium ut levissima refutatur. Altera Osuvaldi ratio contra Cujacium representatur. Eventus conditionis non potest facere alienæ voluntatis testamentariam dispositionem. Legati conditio si Titius voluerit operatur idem, ac cætera conditiones.

9 Malra adhibenda ad illustrandam Cujacij sententiam Author promittit. In conditionibus primum locum occupat voluntas testatoris. Quidquid testator voluerit, ut conditioni deserviat, erit conditio. Dies certus per se non potest facere conditionem. Dies certus ex voluntate testatoris conditionem facere potest. Hæc conditio, si Titius voluerit erit conditio, si testator eam conditionem esse velit. Explicatur l. 43. §. 1. de legat. 1. & n. seq. Verba Ulpiani quid enim interest d. l. 1. prout sonant intelligenda sunt.

10 Plurima exempla ad probandam explicacionem verborum quid enim interest afferuntur, & num. seq. L. 7. §. 14. ff. ex quib. cau. in possess. eat. explicatur.

11 An detur differentia inter debitorem in diem, & debitorem conditionalem. Prator mittit in possessionem bonorum litantium eos solos creditores, qui presentem habent actionem. Remissivè agitur de conciliatione, l. pen. cum l. 6. ex quibus cau. in poss. eat.

12 Explicatur l. 32. §. 1. vers. quid enim interest. ff. de legib. In multis distinguitur lex scripta, & lex ex consuetudine firmata. Explicatur lex. 3. §. 5. versic. quoniam in summa possessionis, ff. de acquirend. possess. Eadem notâ utitur ad l. 44. vers. & nihil interest. ff. de cod. tit.

13 Explicatur l. 18. §. 1. ff. de bonor. possess. contra tabul. Sapè quod quis per se ipsum non habet, per alium habere potest. Hæredi a se ipso legari non potest, neque servo ejus. Hærede servo instituto rectè ejus domino legatur.

14 Cumulatim referuntur plurimi textus confirmantes intellectum verborum, quid enim interest, d. l. 1. Hieronym. Oroz. de Apicib. Jur. Civ.

Legatum ita relictum, si arbitratus fuerit Titius conditionale est. An legatum ita relictum pupillo, vel pupilla si tutor voluerit conditionale sit, necne? Explicatur l. 43. ff. de legat. 3. Si in arbitrium tertij legatum relinquatur, tunc ad arbitrium boni viri reducit. Aliter, si testator exprimat se velle arbitrium pro conditione esse. Explicatur egregiè l. 1. §. 1. ff. de legat. 2.

15 Circa arbitrium in contractibus diversimodè jus observatur. In arbitrium tertij pretio emptionis relicto venditio fit conditionalis. Adducuntur l. 43. l. 113. l. 44. l. 112. §. 4. ff. de verb. obligat. l. 12. §. ult. l. 16. l. 25. §. 1. ff. quande dies legat. cedat. Condiciones in propria forma, qua ponuntur, sunt adimplenda. Explicatur l. 75. ff. pro socio, & l. 35. ff. locati. An aliquando apud Consultos dubium fuerit, valeret necne venditio, cujus pretium in alienum arbitrium confertur? Hæc de re Justinianus notatur in §. pretium, vers. alioquin. instit. de empr. & vendit. & l. ult. C. de cod. tit. Redditur ratio differentie, quare arbitrium conditionales faciat contractus, & non ultimas voluntates.

16 His, quæ de contractibus diximus, obstat valdè l. 7. ff. de empr. & vendit. In dict. l. arbitrium neque conditionem, neque moram facit venditioni. Unde provenient Justiniano, quod in dictis locis notavimus, ostenditur. Difficultati superiori deductæ ex dict. l. 7. respondetur. Magna est differentia inter arbitrium venditoris domini, & alterius tertij. Venditio quæ fit sub conditione, quæ est in venditoris potestate, nulla est. Explicatur dict. l. 7. l. 35. §. 1. ff. de empr. & vendit. l. 13. C. de obligat. l. 2. ff. de obligat. & action. l. pen. de recept. arbitris, quæ loquuntur de jure stricto. Aliud dicendum esse ex æquitate ostenditur in arbitrio, quod continet d. l. 7. & l. 1. §. 1. ff. de legat. 1. Hoc regulare esse ostenditur ex l. 42. §. de regul. jur. l. 46. §. 1. de fideicom. libertat. l. 6. locio. l. 14. locati, quando arbitrium est domini venditoris, & tutorum. Arbitrium extranei omnino facit conditionalem contractum, secus si arbitrium contrahentium sit. Explicatur d. §. pretium, vers. alioquin instit. de empr. & vend. & l. ult. C. de cod. Arbitrium expressum in contractibus ad arbitrium boni viri reducit per docti mali iudicium. Quomodo intelligantur l. 76. cum l. seq. ff. pro locio, l. 42. ff. de donat. cau. mort. l. 4. C. de except. Ratio superioris sententia redditur ex l. 30. ff. de oper. libert. & l. 24. ff. locati. Arbitrium tacitum conditionem facit, & moram adjicit contractui. Quomodo intelligi debeat text. in l. 7. ff. de contrah. empr. Pauli Castrensis, & Petri Vajo Arroyo sententia

sentia putantium semper arbitrium tertij in contractibus reducendum esse de arbitrium boni viri, refutatur.

17 Sarmiento reprehenditur in explicatione, & emendatione, l. 46. §. fin. ff. de verbor. obligat. Verba jurisconsulti sine emendatione referuntur.

Donellus & Osvaldus differentiam agnoscunt inter verbum si, & verbum cum.

Quomodo supradicti conciliant d. l. 46. §. 1. cum §. seq. traditur.

Verba eorum paraphorum conciliatio noviter adducitur.

In quo differant contractus, & ultima voluntates, ostenditur.

Qui dicunt donationem, & legatum contractum esse, falsitatis arguuntur.

Iterum adducitur, & illustratur, l. 43. §. 2. ff. de legat. 1.

Ratio superioris distinctionis genuina traditur.

Heres representat personam defuncti, & eadem cum ea esse videtur.

Vajo Arroyo distinctio circa contractus conceptos in alterius arbitrium rejicitur.

Quare in heredis voluntatem directe, neque indirecte legatum conferri nequeat.

L. 2. de legat. 3. obiter tangitur.

Objectione, que contra superiora fit, dissolvitur.

18 Verba, illi, si voluit legatum do, l. 65. §. 1. ff. de legat. 1. interpretantur.

Legatum non nisi volenti legatario irrevocabiliter acquiritur.

Que tacite intelligitur voluntas, si exprimat, conditionem facit.

Interpretatur l. 69. ff. de cond. & demonstrat. & l. 7. §. 1. ff. de reb. dub.

Distinctio à Vajo Arroyo adducta ad explicationem d. l. 65. §. 1. reprobat.

Falsissima est doctrina, que supponit, legatum, & donationem esse contractum.

19 Explicatur noviter, l. 11. §. 6. ff. de legat. 3.

Ejus species ponitur, & difficultas, que maxima est proponitur.

Donelli, & aliorum interpretatio ad d. l. 11. §. 6. refertur.

20 Ad explicandam Donelli interpretatio plurima adducit Osvaldus.

Iterum dict. l. 7. §. 1. ff. de reb. dub. obiter attingitur.

Quomodo intelligat Osvaldus dict. l. 11. §. 7. & l. 46. §. 3. ff. de fideicom. libertat. ostenditur.

Cujacij emendationem ad l. 11. §. 6. reprobat Osvaldus, ejusque ratio refertur.

21 Ioannis Borcholt. interpretatio conciliare intendit superiorem difficultatem novam distinctionem.

Distinctionem aequaliter adaptat ad contractus, & ultimas voluntates.

Idem explicat textum in l. 46. §. fin. Digest. de V. O.

22 Nulla ex supra adductis interpretationibus dissolvit difficultatem superiorem.

Id demonstratur per Authorem validissimo argumento.

Legati puri dies statim à morte testatoris ce- dat.

Legatum purum post dici cessionem transfertur ad heredem.

Quare legatum usufructus non transferatur ad h. redes.

In in d. l. 11. §. 6. non fuisse legatum purum ostenditur.

Probat etiam evidenter neque legatum conditionale esse.

Qui mortuus est, non habet velle, nec nolle.

23 Ex absurdo quod sequitur, probatur in dicto Paragapho sexto, non esse legatum conditionale.

Neque jus, neque ratio patitur, ut sit in potestate debitoris an debeat d. §. 6.

Legatum neque purum est, neque conditionale.

Objectione ingens contra id insurgere videtur.

24 Circa hanc ingentem difficultatem refertur interpretatio Aurboris.

In d. l. 11. §. 6. non agitur de legato sed de fideicommissis.

Is sensus probatur ex d. §. 6. & §. seq.

Post executionem legatorum, & fideicommissorum nomine legati etiam fideicommissum comprehenditur.

E contra nomine fideicommissi regulariter non significatur legatum.

Quando agitur de his, que communia sunt legatis, & fideicommissis, reciproco nomine significantur.

An omnimoda fuerit exaquatio legatorum, & fideicommissorum?

Supersunt adhuc plurima, que sunt propria legatorum.

25 Conditionale esse fideicommissum recte dixit Ulpianus in d. l. 11. §. 6.

Conditio fideicommissi in expressam heredis voluntatem conferri potest.

Ejus rei ratio elegantissima redditur.

Ante eam equiparationem heres non poterat compelli ad prastationem fideicommissi.

Ex pietate debebantur antiquius fideicommissa.

Ille equiparatio, & potestas que datur fideicommissario ex necessitate introducita fuit.

Ratio redditur in leg. 77. §. 23. Digestis de legat. 2.

Ille equiparatio introducita fuit, ut prodesset fideicommissis, non vero noceret.

Ubi nocet comparatio perinde habenda est, ac si nunquam introducita fuisset.

Comparatio non fecit, ut valeret fideicommissa, sed ut essent efficacia ad agendum.

Explicatur princip. instit. in d. l. 11. §. 6. de fideicom. hered.

Nihil interest, an conditio fideicommissi sit, si heres voluerit, aut illa, cum heres voluerit.

Contra superiora objicitur quadam consideratio, & dissolvitur.

26 Obstat superioribus leg. 1. §. 7. Digestis de legat. 3.

Ejus difficultas ponderatur, & dissolvitur.

Non est recta consequentia, non debetur fideicommissum: Ergo non valet fideicommissum.

Debitor dicitur is solus, à quo invito res exigi potest.

Non dicitur creditor ille, cui naturaliter debetur l. 10. de V. S. l. 24. de Rat. liber.

27 Arbitrium boni viri semper certum est.

Explicatur, l. 41 §. 4. l. 46. §. quod si ita ff. de fideicom. libert.

28 Interpretatur ex dictis text. in l. 46. §. ultim. ff. cod. tit.

Legatum minueret, & omnimodo tollere testator potest.

Explicatur l. 24 l. 67. l. 77. §. 4. & §. 10. ff. de legat. 2.

Eorum textuum ratio redditur ex l. 7. §. 1. ff. de reb. dub.

29 Traditur intellectus d. l. 46. in princ. ff. de fideicom. libertat.

Probat fideicommissariam libertatem conferri posse in voluntatem heredis.

Fideicommissaria libertas fideicommissum est, & eodem jure reputatur.

Explicatur l. generaliter 24. ff. de fideic. libertat.

Objectione d. fideicommissaria inter fideicommissariam libertatem, & fideicommissum.

Fideicommissarii libertatibus subvenitur ex Senatusconsulto Rubriano.

Explicatur vers. quamvis nihil aliud dict. l. 46. ff. de fideicom. libertat.

30 Interpretatur, dict. l. 46. §. 3. ne superioribus obstat.

Dict. §. 3. & §. antecedens loquuntur de directa libertate.

Nihil, quod directe relinquatur conferri potest in voluntatem heredi.

Si voluntas heredis exigatur à testatore ut arbitrium boni viri, valet libertas directa in eam collata.

Explicatur etiam dict. l. 46 §. 2. ff. de fideicom. libertat.

Omne fideicommissum potest conferri in heredis voluntatem.

Omne directum potest conferri in alienam voluntatem conditionaliter.

In voluntatem alienam, absolutam, & liberam nihil directum conferri potest.

31 Explicatur remissive l. 17. ff. de injust. rupt. irrit. que fact. testam.

32 Frivola cuidam objectioni deducta ex l. 14. de dot. preleg. satisfi.

Ulpiani verba, & mens ex supra dictis approbata, & illustrata manet.

Ulpiani verba hæc sunt: In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest; quid enim interest, si Titius in capitolium ascenderit, mihi legatur; an si voluerit? §. 1. Sed cum ita legatum sit pupillo; si pupillo arbitrio tutorum: neque conditio inest legato, neque mora, cum placeat in testamento legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi: que enim mora est in boni viri arbitrio, quod injectum legata veluti certa quantitate exprimit pro viribus videlicet patrimonij. Hoc Ulpiani responsum varias inter se hucusque tenuit interpretum mentes. Nos etiã inter tot doctissimos viros tenuissimi ingenij nostri vires exercuimus, utinam sinus adeo felices, ut licet laudè pro labore non cõsequamur, saltem modestã justè corrigentis reprehensionè, & non amplius experiamur.

Ut clarus in hoc textu Ulpiani sensum aperiamus, pro certo statuendum est, quod Jurisconsultus Cajus docet in l. illa institutio 37. ff. de her. instit. illa institutio, inquit, Quos Titius voluerit, idem vitiosa est, quid. alieno arbitrio promissa est: Nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Et Modestinus in l. non nunquam 52. ff. de condit. & demonstrat. Si ad a viros, inquit, voluerit Titio decem dare, nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Idem cõstat Pomponius in l. si quis Sempronium 68. ff. de Hieron. Oroz, de Apic b. Jur. Civ.

hered. instit. in his verbis: Si Titius voluerit, Sempronius heres esto, non valet institutio. Quæ omnia probat etiam text. in l. 11. tit. 3. partit. 6. & ibid. Greg. Lopez verbo, alvedrio de otro. Quod etiam apud veteres dubitatum fuisse circa contractum emptionis, & venditionis addit Justinianus in §. sed & certum 1. instit. de empt. & vend. Bartol. in d. l. 1. de legat. 2. n. 4. ibid. Paul. Castren. n. 3. Cujac. in l. Senatus 34. §. legatum 2. ff. de legat. 1. & in l. testamenti 3. ff. qui testam. facer. poss. & lib. 11. respons. Papi in l. ex parte 121. §. mulieri ff. de V. O. & ad tit. de liber. & posthum. Anton. Fab. de error. pragmat. dec. 33. in fin. Ioan. Borcholt. de verb. obligat. cap. 6. num. 80. Ioan. Daut de testam. n. numer. 24. 31. & 329. Donell. lib. 6. comment. 3. r. civil. oap. 19. Osvald lib. 6. comment. Donel. cap. 5. liter. C. & seqq. Duaren. in tit. de hered. institut. cap. 3. versic. sexto institutio heredis. & de jur. accresc. lib. 2. cap. 13. Pichard. in §. pretium vers. aliquin instit. de empt. & vend. n. 28. & 33. Covarru. in c. cum tibi extra de testam. Sarmiento lib. 2. select. cap. 6. n. 6. Coraf. lib. 5. miscell. cap. 13. Fachin. lib. 5. controvers. cap. 58. Costa lib. 1. select. c. 21. Morla in emporio jur. tit. 9. n. 4. & 15. Petrus à Vajo Arroyo cum aliis, quos ibi adducit in d. c. cum tibi.

Ratio hujus propositionis deducenda est ex definitione testamenti à Modestino tradita, in l. 1. ff. qui testam. facere poss. nempe, quod testamentum sit voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit: Et non possit nostra esse dispositio, quæ collata esset in voluntatem alterius, sed esset illius, cui commissa fuisset: Quod directo pugnet cum ipsa substantia testamenti. Ulterius nihil ex actibus humanis expediri potest sine voluntate, & potestate ejus, qui id perficere cõtat, arg. text. in c. cum super 33. in fin. extr. de offic. & potest. judic. deleg. argum. l. siue emancipatus 17. in fin. C. de donat. Donel. lib. 8. comment. jur. civ. cap. 14. & cum in dispositione collata in alterius voluntatem neutra inveniretur, idè illa omnino reprobanda fore veteres decreverunt.

Negare absque scelere non possumus, superiora verissima esse; idè que ferè necesse est, ut fateamur, Ulpianum d. l. 1. ff. de legat. 2. his repugnantem jurisprudentiam docuisse. Ne tamen tantæ ignorantie crimen objiciamus tã peritissimo juris præceptoris, aliqua via nõdum ab interpretibus trita, à nobis excogitanda est; prius tamen aliorum sententias referamus. Ait Ulp. In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest, quod superius negavimus: Ergo docente Ulpiano certum est, legatum posse ex alieno arbitrio pendere. Quid sentiat antiquiores interpretes, prætermittimus; & cum recentioribus certamen inire decernimus. Porro Donellus, d. lib. 8. c. 15. pro certo statuit, in alienam voluntatem conferri legatum nõ posse ob rationes, quas n. preced. attulimus; & ob id, quod legare si pro imperio statuere, Ulp. in fragm. tit. 24. in pri. l. verbis 110. de V. S. Varro lib. 4. deling. latin. idem Donel d. lib. c. 1. hoc tamen intelligendũ esse ait adhibita distinctione voluntatis tacitæ; & expressæ: Ita, ut quando in voluntatem alterius expressã relinquatur legatum, non valeat; si verò in tacitã relinquatur, subsistat: quia ea voluntas, quæ intelligitur, nõ nocet: quæ ipsa si exprimeretur, noceret: d. l. non nunquam 52. ff. de cond. & dem. l. si quis Sempronium 68. ff. de her. instit. Ant. Fab. in juris. pap. tit. 12. pli 7. ill. 5. & quos retulimus supra n. 2. Cujac. lib. 2. observ. c. 2. quem, & alios adducit D. D. Martin. de Larreategui lib. 2. selectar. jur. civil. disputat. Itaque si in voluntatem alterius tacitam legatum conferatur, veluti Si Titius in capitolium ascenderit, valebit secundum mentem eorum; si verò in expressam, puta, Si Titius voluerit, non valebit: si ex Osvaldo, Duareno, Gregorio Lopez, & Fachineo docet N 2 Petrus

Petrus à Vajo Arroyo loco *suprà citato*. Ex quibus docet Donellus, prohibitionem hanc conferendi legatum in alienam voluntatem intelligendam esse de expressa, & merà voluntate alterius; nam si ea temperetur arbitrij verbo, quod tunc possit conferri legatum in alienum arbitrium; & hoc sensu intelligi debere d. l. 1. de legat. 2. Et quia hanc interpretationem videatur pati non posse verba illa *veluti conditio* ea sic explicat, id est, aut quemadmodum conditio aliquando in arbitrium confertur, tacite videlicet; aut (quod verius est) in modum, ac formam conditionis: ita, ut arbitrij conditio non intelligatur, sed exprimat, ut si fuerit arbitratus si illi utile visum fuerit l. fideicommissa 11. §. *quanquam* 7. ff. de legat. 3.

Huic tamen interpretationi, quæ apud omnes subtilioris jurisprudentiæ Doctores approbata est, nimis duram controversiam movent verba sequentia text. ibi: *Quid enim interest si Titius in capitolium ascenderit, mihi legatur, an si voluerit* in quibus cum nullam differentiam agnoscat Ulpianus circa voluntatem expressam, quæ extat. in illa conditione si voluerit. ac tacitam, quæ includitur in hac si capitolium ascenderit, satis manifestè docet se velite ostendere, quod sicut valet legatum in alterius voluntatem tacite relictum, valeat etiam, si in voluntatem expressam conferatur: præcipue, cum illa verba appositâ in fine textus interrogatione lege debeant, ut jacent: non ut Accursius, & Bartolus voluerunt in *dist. 1. affirmativè esse legenda*, & non interrogativè. Deinde Donellus, (quem Osuvaldus post refutatas aliorum interpretationum quam plurimas cogitationes, maximopere laudat in *dist. cap. 15. lit. F.*) ait sententiam Ulpiani non illam fuisse, scilicet, nihil interesse inter hujusmodi legata si Titius in capitolium ascenderit, mihi legatur; an, si voluerit, cum ipse Consultus contrarium plurimis in locis testatur sit; sed sub illa interrogatione subaudiendam esse responsum sic: *Quid enim interest? multum interest, si Titius in capitolium ascenderit, mihi legatur; an si voluerit*, cum in primo casu valeat legatum; in secundo verò non subsistat: pro qua interpretatione adducit ipse Donellus eorum Terentii in *Eunucho adu 2. scena 2. ibi: Stulto intelligens quid interest?* nimirum multum interest. Osuvaldus *dist. loc. lit. G.* pro confirmatione hujus interpretationis adducit textum in *l. Mevius 5. ff. de cond. & demonstrat.* ibi: *Quid enim interest, utrum tali personæ dari jubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deucere*: nam cum certum sit, ineptas conditiones implendas esse, l. pen. ff. de cond. instit. l. seruo alieno 11. §. ult. ff. de legat. 1. & sit inepta illa conditio, qua jubetur decem in mare deicere; necessariò intelligendum est ibi multum interesse, uti docet ipse Osuvaldus *lib. 8. comment. Donel. c. 32. liter. P.* quem sensum ait indicatum fuisse ab Alverico Gentili *lib. 4. variar. lect. c. 2.* Juvatur etiam dicta interpretatio ex lege si sic legatum 75. §. *quod si addiderit 2. ff. de legat. 1.* ibi: *Nam inter falsam demonstrationem, & falsam conditionem, sive causam multum interest.* Hæc doctrina certè quia in ea supponenda sunt alia verba, præter ea, quæ Ulpianus scripsit, mihi placere non potest, neque unquam placuit. Aliam interpretationem tradunt Covarruvias *dist. loc. num. 10. Costa lib. 1. selectar. cap. 20. numero 11. & 33.* Cummanus in *dist. l. 1. lect. 3. numero quinto*, quam videre poteris apud Petrum Vajo Arroyo *dist. l. vers. contra supradictam*. Tradunt etiam rationem differentiar, quare in alterius voluntatem tacitam conferri legatum pos-

sit, non verò expressam, quæ talis est: quia in primo casu non committitur voluntas legantis dispositioni alterius principaliter, sed tantum per consequentias: & quod per consequentiam contingit, non attenditur in jure: l. 1. ff. de autor. tutor. l. filii 9. ff. de jur. patronat. l. si operarum 29. ff. de oper. libertat. lege in depositi 12. Digestis de re judic. l. 1. ff. de fundo dotat. l. Aristo 3. in fin. ff. quæ res pign. dari, obligari non poss. quædam 62. ff. de acquir. rer. domib. Larreategui *lib. 1. selectar. jur. civil. disputat. cap. 3. num. 1. in fin. & lib. 8. cap. 1. Anton. Fab. de error. prop. lib. 6. error. 7. & 8. in jurispr. Papin. tit. 11. princ. 3. i. princ. & princ. 6. illat. 22. & princ. 7. illat. 63. & tit. 1. princ. 1. illat. 5. Ioan. Daur de testam. n. 80. ited valet legatum in alterius voluntatem tacite relictum. In secundo verò casu relinquatur principaliter, & non per consequentias; ided legatum non subsistit, Osuvaldus apud Petrum de Vajo Arroyo *dist. loc.**

Huius interpretationis Authores, & assertores statim sibi objiciunt text in lege senatus quadragintaertia §. *legatum 2. Digestis de legat. 1.* ubi Ulpianus libro vigesimo secundo ad Sebastianum in hæc verba prorumpit: *Legatum in aliena voluntate poni potest; in hæredis non potest.* Quibus manifestè ostendit, legatum posse conferri in alienam voluntatem expressam. Accursius in *dist. §. legatum 2.* & alii interpretes illa verba, in aliena voluntate sic restringunt; id est, in legatarij voluntate; quia legatum sit conceptum, lego Titio centum, si ipse voluerit valet, l. si ita legatum 63. §. *illi volent 1. ff. de legat. 1. l. quod si 10. ff. de reb. credit. l. si ita 69. ff. de cond. & demonstrat.* Donel. *dist. libro 8. commentar. juris civilis capite trigesimo secundo.* Anton. Gomez tom. 1. *variar. c. 9. n. 32.* Cujac. *lib. 9. respons. Papin. in l. cum unus 10. ff. de aliment. legat. D. D. Martin. de Larreategui lib. 5. selectar. jur. civil. disputat. c. 4. n. 1.* in hæredis verò voluntatem conceptum legatum hoc modo lego Titio centum, si hæres meus voluerit, non valet: & ita in *l. non nunquam 52. ff. de cond. & demonstrat.* aiunt, Consultum loqui, non de legatarij, sed alterius, id est, extranei voluntate. Hæc interpretatio ab ipso Donello d. c. 15. rectè refutatur eo, quod cum Paulus generaliter agat de voluntate aliena, non sunt referenda, & restringenda ejus verba ad specialissimam legatarij voluntatem: & etiam, quia significatio verbi aliena repugnat huic interpretationi: Legatarius enim non est alienus à legato, sed id maximè attingit eum; & nunquam alicui in jure dicitur nisi eorum, ad quos id negotium, de quo agitur, non pertinet; d. l. illa institutio 32. ff. de hered. instit. Ipse verò Donellus d. loc. (quem sequitur Osuvaldus) hac interpretatione requiescit, quod legatum in alienam voluntatem tacitam conferri possit, & in hæredis voluntatem, etiam tacitam non possit; quia sive expresse, sive tacite apponatur conditio; cum tamen semper pendeat ex voluntate hæredis, ut legatum præstet; creditur nunquam expectari posse, ut hæres de patrimonio suo minuendo illam quantitatem, quæ in legato comprehensa est, eam velit præstare legatario text. in *l. cum de debito 25. Digestis de probat. & non aliter consistere potest legatum, nisi hæres necessitate adstringatur ad ejus præstationem; l. utrum 7. §. ff. de reb. dub. quod etiam in contractibus observatur: l. arbitraria 2. §. Scaevola, aliàs non utique ff. de eo, quod cert. loc. l. si quis rem 30. & l. pen. ff. de recept. arbit. l. si idem 11. §. 1. ff. de jur. d. l. si servus 27. §. 1. ff. ad leg. Aquil. l. inter stipulantem 83. §. 1. in fin. ff. de verb. oblig. §. ar. hi 10. in fin. instit.*

*instit. de hered. qua ab intest. deser. l. hac venditio 7. l. quod sapè 33. §. 1. ff. de contrah. empt. l. in vendentis 13. C. cod. tit. l. sub hac 8. ff. de obligat. & act. Vide tamen quæ scribimus infra circa differentiam rationem inter contractus, & ultimas voluntates, quando legatum relinquatur in voluntatem hæredis, & contractus in voluntatem contrahentis. Sequuntur etiam eandem interpretationem Covarruvias in d. c. cum trib. extra de testam. num. 11. Osuvaldus d. cap. 15. lit. K. ad lecti ab eodem Vajo Arroyo d. loc. quam & comprobatur, & tueretur. Nihil tamen ut eam non possim approbare, verba ipsius Ulpiani faciunt, in *dist. l. 1. ff. de legat. 2.* nam ea loquuntur de arbitrio, & voluntate arbitrij alicuius, quæ veluti conditio concipiatur: Quod non potest intelligi de voluntate tacita; illa enim non ponitur veluti conditio, sed ponitur ut conditio factum illud, in quo continetur voluntas tacita, veluti in eo exemplo, Si capitolium ascenderit: Ergo necessè est, ut fateamur de conditione expressa esse intelligenda verba illa *veluti conditio*. ex eo, quod tacita voluntas subintellecta non potest poni veluti conditio; & dum subintelligitur tantum, parum facit, non conditionale legatum, d. l. si ita legatum 63. §. 1. ff. de legat. 1. ibi. *Aliud est enim juris, si quid tacite concipitur; aliud, si verbis exprimat: l. conditiones 99. ff. de cond. & demonstrat. cum illud 2. §. 1. in fin. sequand. dies legat. cedat.* & Ulpianus loquitur de voluntate illa, quæ poni possit veluti conditio, quæ impossibile est, ut de tacita accipiatur.*

Unde, ut strictum verborum sonitum subintineamus; dicendum est in dicta l. 1. nullam differentiam constitui inter hæc duo, Si Titius in capitolium ascenderit; & Si voluerit, donec utrumque à testatore conditionaliter concipiatur; id est, si testator velit illud; Si Titius voluerit, ut conditionem deservire dispositioni, qua legatum reliquerat (de hoc aliqua breviter dedi *suprà lib. 1. cap. 2. num. 7.*) Hanc sententiam probamus etiam ex textu expresso, in *l. fideicommissa 46. §. sed si ita 2. ff. de fideic. liberi ibi: Adhibe videtur posse dici valere libertatem. Quis conditio potius est, quemadmodum si mihi legatus esset, Si Titius in capitolium ascenderit: l. is qui 11. in fin. princip. ff. de acq. hered. Hujus meo videri verissimè sententiæ inventorem non solum primum, sed unicum habemus doctissimum jurisprudentiæ præceptorem Jacobum Cujacium, qui *lib. 2. observat. cap. 2.* sequentia scripta reliquit: *Aur enim his verbis, si Titius voluerit, totum testator in voluntatem Titij posuit, ut is arbitretur, & quasi dator legatarij sit: Et hoc sit intelligitur, & sic intelligendum est textus in dict. l. nunquam 52. ff. de cond. & demonstrat. aut hæc verba pro conditione accepit in hunc sensum, si factè accidit aliquando, ut id Titius velit: Et hoc non sit intelligitur: Equè enim valet legatum, atque obscuriori orat. one sit res collata in voluntatem Titij, ut pura, si Titius in capitolium ascenderit. Et hoc Ulpianus tradit in l. 1. ff. de legat. 2. in arbitrium, inquit, alterius conferri legatum veluti conditio potest: Quid enim interest, si Titius capitolium ascenderit, mihi legatur, an si voluerit; veluti conditio, id est, quasi conditio: sed malim legere veluti conditionem. Et ex eo quidem loco, quod Ulpianus alibi tradit, legatum in alienam voluntatem poni posse, sic accipiendum esse reor, ut in aliena voluntate, quasi conditione legatum poni possit: l. senatus 43. §. legatum 3. ff. de legat. 1. Nam in leg. fideicommissa 46. ff. de fideicommissar. libertat. idem Author ideo libertatem ita relictam, si Titius voluerit, debere ait, quod conditio potius sit, quam legatarij dandi merum arbitrium: Et huic conditioni eo etiam loco illam, si Titius in capitolium ascenderit, parem facit omnimodo. Hæc D. Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.**

Cujacius, ubi in *su. cap. hæc verba sibi de sententia gratulans addidit: Et in questione quidem ista sententia hujus esse me non pariet.* Joannes Borcholt, qui Cujacium ferè semper ex fide sequitur, & defendit, eandem sententiam amplectitur in *tit. de verbor. obligat. cap. 6. num. 85.* & Alexander Scorus de controver. Jacob. Cujac. *sent. cap. 22.* & Faquineus *lib. 5. controver. cap. 58.* & Guid. Panciroli *lib. 3. Theauri Par. cap. 5.* Charondas *lib. 1. verif. cap. 11. pag. 80.* Reinhard. Bachovius, ad *Trautler. vol. 2. disputat. 13. thes. 6. lit. D. pag. 412.* Jul. Paciuc. *cont. 6. in notandis quest. 8.* Nicolaus G. non in, *concordiat. legum à num. 35. pag. 241.* quam immeritò reprobat Osuvaldus *dist. lib. 8. comment. Donel. cap. 15. liter. F.* ex eo, quod Cujacius in decisum relinquat, quando & undè liqueat, utrum testator his verbis usus, si Titius voluerit merum arbitrium dederit Titio, an verò pro conditione accepit: Potest enim id expresse declarare testator, se illa verba conditionaliter accepisse; & tunc liquebit de voluntate testantis: Neque ratio adversa, quod in voluntatem alterius legatum relinquere non possit, quicquam commune habet cum hac dubitatione Osuvaldi: Nam præsuppositâ specie, quæ in alienum arbitrium quid relinquatur, incipit questio, an valere possit? Cum constanter veteres decreverunt juraj ejus, quod relinquatur, per se firma esse debere, non ex alieno arbitrio pendere: l. illa institutio 32. ff. de hered. instit. Neque altera ratio Osuvaldi; videlicet, quod est certum sit pro conditione posita fuisse, æquè verum esset per se firmum esse: aut ex mero, libero, absolutoque testatoris, uti debet, arbitrio pendere relictum; quicquam contra Cujacium facit, nam tunc quando sumitur conditionaliter, verum est illud, Si Titius voluerit, legatum ex mero, & libero arbitrio testatoris pendere: Illud tamen pendere ab eventu conditionis appositæ, sicut contingit in aliis omnibus conditionibus, quæ ponitur ut cuiusque actui, sive inter vivos, sive mortuorum, veluti si quis ponat in legato conditionem hanc, si navis ex Asia venerit: Ex eo, quod possit non venire, & exinde irritari legatum, dicemus illud non pendere à testatoris arbitrio? Minimè, nisi velimus omnes conditiones, quasi inutiles removere Idem contingit in hoc, si voluerit, quando conditionaliter concipitur, ubi si Titius decedat, antequam manifestaverit se velle, irritatur legatum, quia deficit conditio; eodem ipso modo, quo contingit, quando navis ex Asia non venit: Et si antequam moriatur, arbitretur Titius, suamque voluntatem declaraverit ostendens se velle, legatum valet; quia adimpleta fuit conditio, sub qua relictum fuerat: Sicut contingit, quando navis ex Asia venit, ex eo quod hæc ita ex eventu, vel defectu conditionis diversimodè contingunt, probabitur legatum non pendere à testatoris voluntate? Certè qui hoc dixerit, & hanc jurisprudentiam docuerit, parum firmâ, & omni juri adversâ cogitatione Cujacium impugnare intendit.

Sententia Cujacij verissima est, nō tamen satis expeditè explicata. & ob eā causam multa à nobis addenda sunt, non solum ad eam confirmandam, sed etiam maximo splendere illustrandam: Et ut hoc mihi in votum felici numine contingat, repetenda sunt ea, quæ diximus *suprà lib. 1. c. 2. n. 6. in conditionibus primum locum voluntas defuncti obrinet, eaque regit conditionem*, ait Ulpianus in *l. in conditionibus 19. ff. de condit. & demonstrat. text. in l. si mihi 12. §. ult. in fin. ff. de legat. 1. l. Titia 34. §. ultim. ff. de legat. 2. l. non aliter 69. Digestis de legat. 3. l. pater Severianus 101. §. conditionem secundo, Digestis de condit.*

et demonstrat. l. cum questio in fin. C. de legat. l. in C. de necessar. serv. here. instit. Joan. Botcholdi: de P. cap. 6. numer. 45. Anton. Fab. in jurispr. papin. tit. 4. princip. 6. illud. 6. Osvald. lib. 8. comment. Donel. cap. 33. liter. C. Cujac. lib. 8. respons. papinian. in dist. l. pater Severinam in princip. et seq. de condit. et demonstrat. Ergo quicquid voluerit testator, ut conditioni deserviret, erit conditio secundum ea, quae diximus supra dist. lib. 1. cap. 6. numer. 24. Ita dies certus, qui per se conditionem facere non potest, l. si post diem 5. §. 1. ff. quando dies legat. r. c. dat. l. si dies 21. eodem tit. l. sufficit 56. ff. de cond. in deb. l. quoties 9. §. sed etsi pure 19. Digest. de here. instit. Cujac. lib. 15. quest. Papinian. in l. 3. Digest. de regul. Catoian. et lib. 29. quest. in l. 2. ff. ut legat. servand. cau. caveat. Si à testatore ponatur veluti conditio; id est, si diem certum voluit testator ponere ut conditionem, faciet conditionalem dispositionem: Et sic interpretati sumus text. in l. in ratione 30. §. penultim. ff. ad leg. Falcid. supra dist. lib. 1. cap. 2. numer. 5. et seq. Si ergo testator manifestè ostenderit illud: si Titius voluerit, pro conditione esse, quid obstat poterit ad hoc, ut pro conditione habeatur, ex cuius eventu potius, quam ex absoluta voluntate aliena pendeat stabilitas, seu irritatio legati à testatore libero, & proprio suo arbitrio relicti: Ergo verum dicit Ulpianus, dum docet alienam voluntatem veluti conditionem legati dationi posse deservire: Sic absolute scripsit in dist. l. senatus 43. §. legatum de legat. 1. legatum in aliena voluntate poni posse in here. is non posse, & in l. fideicommissa 46. §. se det si ita 2. ff. de fideicommiss. libertat. ut docuimus supra n. 7.

Et idem verba Ulpiani, Quid enim interest, si Titius in capitolium accenderit, mihi legetur; an si voluerit? intelligenda sunt prout sonant, id est, nihil interesse: Quia sicut, si Titius ascenderit, conditionem facit: Sic si Titius voluerit, conditionem etiam faciet; si testator illud conditionem esse voluerit: Quorum identitatem his verbis ostendit Consultus eodem modo; ac si apertius dixisset: Licet aliàs multum intersit inter hæc duo, si capitolium ascenderit, & si voluerit dist. l. si quis 68. ff. de here. instit. l. nonnunquam 52. ff. de condi. et demonstrat. l. si ita 45. §. 1. ff. de legat. 2. Tamen quando conditionaliter sumuntur, nihil interest: Quia tunc tam illud, si Titius voluerit, quam aliud, si in capitolium ascenderit, faciunt conditionale legatum: Et ita factum, de quo Ulpianus loquitur in d. l. 1. seu figura verborum nihil interest, & sic se ipsum interpretatur in dist. l. senatus 43. §. legatum 3. ff. de legat. 1. affirmans legatum in aliena voluntate poni posse. Non concedit absolute, & semper conditionem facere illud, si voluerit; sed illud solum docet, quod quando conditionem faciat, quam facit; quoties expresse constat, ita testatorem significasse, non distinguatur in ratione conditionis ab alio illo, si Titius in capitolium ascenderit: Aliàs enim omnino distinguuntur.

Plurima exempla à Jurisconsultis accepimus ad comprobanda, & illustranda ea, quae diximus circa vers. q. uid enim interest: Nam idem Ulpianus similem locum nobis scriptum reliquit: in l. Fulcinus 7. §. 2. si in diem 15. ff. ex quib. cau. in possess. est ejus verba sunt hæc: Si in diem vel sub conditionem debitor latitet, antequam dies vel conditio veniat, non possunt bona ejus venire. Quid enim interest, debitor veniat non sit, an nondum conveniri possit? Ex hoc loco erit ne aliquis, qui deducat debitorem in diem, vel sub conditionem debitorem non esse? Neque dari differentiam inter debitorem in diem, & debitorem

sub conditionem? Si hoc sibi persuasum habuerit, videat Justinianum, in §. omnis stipulatio 2. inst. de verb. oblig. & Jurisconsultos passim hac de re differentiam constituentem. Quid ergo sibi vult Ulpianus? Nihil aliud, nisi quod supra diximus ad casum, de quo loquitur nihil interesse an debitor in diem sit: an sub conditionem; Nam edictum prioris circa litantium debitores statuit, ut creditores in bona litantium irent d. l. Fulcinus 7. §. 1. eos tamen creditores solos mitti in possessionem bonorum voluit, qui presentem haberent actionem nullo accidenti suspensam, l. per. d. tit. (de cuius conciliatione cum l. in possessionem 6. ff. eodem. vide Osvaldum lib. 23. comment. Donel. cap. 11. liter. L. Cujac. lib. 9. quest. papinian. in Leo tempore 30. ff. de pecul.) sive illud sit dies, sive conditio, sive exceptio, qua actio repellitur: Et cum per appositionem diei presentis actionis exercitium suspendatur ea de causa Jurisconsultus ait in id, quod pertinet ad illud edictum nihil interesse, an debitor in diem, an sub conditionem sit: Quia licet quoad alia inter utrumque debitorem multæ differentiae sint, nulla tamen invenitur ad id, quod pertinet circa illud edictum de latitantibus excludendam.

Julianus in l. de quibus 32. §. 1. ff. de legib. sequentia etiam scripsit: Nam quid interest, qui, Suffragio populi voluntatem suam declarat: An rebus ipsis, & factis? Quid statuit Julianus nullam ne agnoscat differentiam inter legem scriptam, & consuetudine firmatam; Minime, quia in modo constituenti magnam ipse differentiam agnoscat, de qua vide Antonium Fabrum in jurispr. Papin. tit. 2. prim. 6. usque ad fin. tit. apud eum enim inveniuntur plurimas differentias inter jus scriptum, & non scriptum: Vide etiam l. 2. C. quo sit longa consuetudo. Et Julianus ipse in d. l. de quibus 32. de quibus causis, scriptis legibus non nimirum, ait, id custodiens oportet, quod moribus, & consuetudine indutum est. In eo solum nihil interesse vult inter legem scriptam, & non scriptam, id est, consuetudine firmatam, quod suffragio populi voluntatem suam declarat. an rebus ipsis, & factis, cum leges ipsæ non alia de causa non teneant, quam ex populi iudicio. Itaque quoad populi voluntatem, quæ sola legem facit, nihil interest illam suffragio manifestam fieri, an rebus ipsis, & factis. Cæterum, Julianus nihil tentat de ordine juris; neque vult legibus scriptis suam præ jure non scripto prerogativam tollere. paulus etiam in l. possideri 3. §. ex contrario 5. ff. de acquir. possess. sic fatetur: Quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis, an iniuste possideat. Quod est verum, id est quoad naturam, & essentiam possessionis, quæ tota consistit in apprehensione rei cum animo sibi possidendi, non multum interest; id est, nihil interest, an iuste quis, an iniuste possideat: Nam sicut est vera possessio illius, qui iuste possidet: Sic etiam est vera possessio illius, qui iniuste possidet. Itaque quantum attinet ad naturam possessionis, de qua ibi agitur nihil interest. iuste quis, an iniuste possideat: Quoad cæteros vero juris effectus multum interest, ut docebimus infra lib. 4. 6. & 10. & ad explicationem d. §. ex contrario cap. 10. Idem eodem modo deciditur in l. peregre 44. vers. & nihil interest ff. eod. tit.

Hermogenianus etiam hujus rei exemplum nobis præstat in l. sed sub conditione 18. §. 1. ff. de honor. possess. contra tabul. ibi: Neque interest, an per semet ipsos, an per alios quaratur. Quæ verba sic intelligenda sunt: In casu, de quo loquimur, hoc est circa bonorum possessionem contra tabulas, nihil interest, an quis per semetipsum, vel per alium eam acquirat: Næ eodem modo denegatur ei, qui bonorum possessionem per alium

alium acquisivit, exactio legati, fideicommissi, aut mortis causa donationis retentio, quam super se ipsum illam bonorum possessionem quaesisset. Extra illum casum multum interest, an quis per se ipsum, an per alium acquirat: Aristo 3. in fin. ff. que res pignori, vel hyp. th. dat. oblig. non poss. ibi: Sape enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest l. filius 42. ff. de bon. libert. l. 1. ff. de auctor. tutor. l. idem Neratius 3. §. non solum 2. ff. de usufr. accresc. l. si quis uxori 52. ff. de furt. l. qui erat 49. vers. nam inter officium ff. sum crucis. idem contingit in hærede scripto, cui licet à se ipso legari non potest Ulpian: in fragm. tit. 24. §. hæredi 22. l. plane 34. §. si deobus 11. l. legatum 116. §. 1. ff. de legat. 1. ac per consequens nec servo ejus, text. in l. in ratio. e. 2. §. 3. pen. ff. ad leg. falcid. l. se vis 4. C. de legat. text. in §. an servo 32. in tit. de legat. l. si legatarius 8. §. 1. ff. de legat. 3. servo tamen hærede instituto retet domino legatur, ut pluribus docuimus supra lib. 1. c. 3. ergo per alios possumus acquirere, quod per nos ipsos acquirere prohibemur. Itaque Hermogenianus non absolute loquitur in dist. l. sed sub conditione §. 1. sed in casu solo bonorum possessionis. de qua ibi agitur: aliis enim necessariò fieri debet, multum interesse, an quis per semetipsum, an per alios acquirat.

Et ne multiplicatis ex professo exemplis ad explicanda illa d. l. 1. verba, Quid enim interest, nimis fuse calamum expendamus, accipe plurima ex legibus sequentibus: l. si cui fundus 5. ff. de instr. vel instrum. legat. l. Mavius 55. de cond. et demonstr. l. si per imprudenciam 51. ff. de evict. l. si hereditatem 32. ff. mandati l. nibi interest 4. ff. de nau. vent. circa 14. ff. de probat. l. si ita stipulatus 59. l. cum plures 99. ff. de solut. l. nihil. 12. ff. de inof. test. l. quoties 2. §. sed etsi 4. in fin. ff. ad municipal. l. & nihil. 8. ff. de in rem vers. l. & hæc distinctio 35. ff. locati l. id quod 9. §. 1. ff. de precul. legat. l. qui cum 6. ff. pro emptor l. quævis 8. §. si convenit 8. ff. ad S. C. Peltian. l. Subicum 8. §. ult. ff. de novat. l. suo nomine 2. ff. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est. l. de etate 11. §. nihil. 7. ff. de interrogat. actio. l. navis 4. §. 2. in fin. ff. de lege rebod. de jactu l. cum qui 36. de rebus auct. iudic. possid. l. item legat. 49. §. parvi 4. ff. de legat. 3. l. si Titio 22. ff. quando dies legat. ced. l. quodcumque 45. §. non solum 3. junct. l. seq. §. ult. ff. de verb. obligat. l. 1. §. accusationum 10. vers. quid enim interest. ff. ad S. C. Turpillian. l. si ego 9. §. cæterum 5. vers. non quod ff. de jur. dot. l. si hereditas 10. §. servus 4. ff. de testam. tutel. l. plenum 12. §. ult. ff. de usu, & habitat. Ex quibus omnibus manifestè apparet, legatum relictum ita, si arbitratu fuerit Titius conditionale esse: quid enim interest inter istam figuram verborum, si arbitratu fuerit Titius; & istam, si in capitolium ascenderit; vel (quod pro eodem assumit Ulpian. in d. l. 1.) inter istam, si Titius in capitolium ascenderit; & hanc aliam, si Titius voluerit; nam cum utroque testator conditionem facere velit, utrumque ex ejus voluntate conditionem facit. Hæc verò modo relicto legato pupillo, vel pupillæ arbitrio tutorum neque conditio, neque mora intelt legato. Denique hæc est summa d. l. 1. Ita demum legatum in alterius arbitrium collatum, conditionale videri posse, si per modum conditionis collatum si: pupillo verò relicto ita, arbitrio tutorum, conditionale non esse, quia non conditionaliter in arbitrium tutorum collatum sit, ut in l. si filio. 41. ff. de legat. 3. Unde provenit, ut si legatum relinquatur in arbitrium alterius, id arbitrium pro boni veli arbitrio sumatur: Si verò testator ostendat se velle illud arbitrium pro conditione esse, lega-

tum fiet conditionale ex voluntate testatoris, illud arbitrium pro conditione ponentis: & sic mirificè explicatur text. in d. l. 1. cum §. 1. ff. de legat. 2. In contractibus verò hoc diversimodè statuentum est, nam si arbitrio Titij emptio, & venditionis pretium conferatur, venditio fiet conditionalis; ita, ut si Titius decedat, antequam arbitratu fuerit, propter defectum conditionis irritabitur venditio, & aliud quilibet contractus sic sub arbitrio Titij celebratus: l. si quis arbitratu 43. & l. seq. cum stipulatus 113. l. qui Roma 122. §. Agerius 4. ff. de verb. obligat. nec semel 12. §. ult. l. cum ita 16. l. cura illud 25. §. 1. ff. quando dies legat. ced. Et quia conditiones in propria forma quæ positæ sunt, impleri debent: l. qui hæredi 44. l. Mavius. 55. ff. de cond. et demonstr. l. si statulibera 6. §. ult. ff. de stat. liber. Idem in contractibus à Titij arbitrio recedendum non est, neque ab ejus persona d. l. si quis arbitratu l. si quo ita 75. ff. pro soc. l. si merces 25. ff. locati. Itaque his legibus, & rationibus motus summo perè miror. Imperatorem Justinianum in §. pretium versu. alioquin instit. de empt. & vendit. l. ult. C. eod. tit. affirmare, dubium aliquando hac de re apud Jurisconsultos fuisse, an valeret venditio, necne: cum semper certum fuisset, arbitrium tertij positum in contractibus, differre contractum, & cum conditionalem facere absolute ad differentiam ultimorum voluntatum, in quibus tunc solum facit conditionalem dispositionem testantis, quando illud arbitrium (ut supra dixi) conditionaliter concipitur à testatore: si verò non ponatur per modum conditionis reducitur ad arbitrium boni viri, in quo nulla mora esse potest: quæ enim mora est in boni viri arbitrio ait Ulpianus in dist. l. 1. ff. de legat. 2. quod injectum legat. vel certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii. Ratio verò, quare in contractibus arbitrium Titij conditionalem faciat contractum, & moram injiciat contractui; in ultimis vero voluntatibus non faciat eas conditionales, sed ad arbitrium boni viri reducatur arbitrium, hæc sola potest dari: quia voluntates defunctorum Plenius, quam eorum, qui contrahunt, interpretandæ sunt: l. plenum 12. §. sed si petoris 2. ff. de usu, & habitat. l. in testamentis 12. ff. de regul. jur. l. non solum 31. ff. de obligat. & action. DD. Martin de Larreategui lib. 5. selectar. jur. civil. disputat. c. 5. n. 2. & lib. 7. c. 3. n. 3. Donel. lib. 8. comment. jur. civil. cap. 19. Osvald. ibid. liter. 1. Simon de Pretis de interpretat. ultimar. voluntat. lib. 1. interpret. 1. dub. 4. fol. 11. Petrus Fab. ad dist. l. in testamentis.

His tamen; quæ de contractibus, diximus valde obstat videtur textus, in l. hæc venditio 7. ff. de empt. & vend. Ubi venditio servi celebrata fuit hac interposita lege, Si rationes domini arbitrio computasset, Et de illis rationibus à servo computandis dicitur magis in arbitrium boni viri, quam domini collatum videri; quod quidem arbitrium utique neque conditionem, neque ullam moram conjicit venditioni. Et forte propter hunc locum Justinianus in supradictis locis scripsit, apud veteres jurisprudentia cultores dubitatum fuisse. Difficultatem tamen d. l. 7. diluet quisquis cognoverit, magnam esse differentiam inter arbitrium domini, seu venditoris, & arbitrium alterius extranei; nam si illud arbitrium in persona domini vendentis præcisè statet, præcisè nulla esset venditio; quasi à venditore facta sub conditione, quæ sit in ejus potestate dist. l. hæc venditio 7. ibi: Neque enim debet in arbitrium rei conferre, an sit obstrictus l. quod sape 35. §. 1. ff. de contr. empt. & vend. l. in vendentis 13. C. eod.

sit, l. sub hac 8. ff. de obligat. & action. l. stipulatio 17. l. 1. Titio 108. §. 1. ff. de V. O. l. pen. ff. de recept. arbitr. DD. Martin. de Larrategui lib. 2. selectar. iur. civil. disputat. cap. 7. num. 2. Anton. Fab. lib. 8. coniect. cap. 35. Donel. lib. 8. comment. iur. civil. c. 15. & ibi Oluvald. liter. K. & lib. 12. comment. cap. 7. Cujac. lib. 7. quasit. Papin. in l. servitutes 4. ff. de servit. Et hæc tam strictè ipso iuris rigore obrinebant in contractibus; tamen ex æquitate, ut actus magis valeret, quam periret: l. quoties 12 ff. de reb. dub. maluit sua interpretatione moliri ea Ulpianus: & idem in d. l. hæc venditio, arbitrium domini, & in dict. l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. arbitrium tutorum ad arbitrium boni vici redegit; quod regulare in aliis etiam est: l. in personam 22. §. 1. ff. de regul. iur. l. fideicommissa 46. §. 1. ff. de fideicom. libertat. l. si societas 6. ff. pro soc. si in lege 24. ff. locati. Si verò arbitrium extranei ponatur, periculum superioris rationis non imminet; quia tertius ille, in cuius arbitrium contractus destinatus fuit, ab empore & venditore omnino extraneus est: & idem sequendum semper eius arbitrium, etsi illud pravum fuerit: & hoc sensu intelligendi, atque cõcipiendi sunt text in d. §. pretium verbi, alioquin in sit. de emp. & vendit. & l. ult. C. cod. tit. Hoc tamen summa cura admonere volo (valde enim necesse est sciri id, cuius ignoratione turpiter poterit quisque labi) quòd quando contractantes velint celebrare contractum arbitrio alterius, si illud arbitrium expressum sit; id est, si velint, ut arbitrium inferere contractui, & non ut conditionem faciant; tunc ille, in cuius arbitrium contractus confertur, non poterit, prout voluerit, arbitrari: & idem, si plus iusto pretio arbitratus fuerit per iudicium bonæ fidei, seu (quod idem est) per exceptionem doli mali id corrigendum, & reducen dum est ad arbitrium boni viri: l. societatem 76 cum seqq. ff. profic. argum. l. seja 42. prope initium ff. de donat. cau. mor. l. adversus 4. C. de except. huius rei rationem dedit Celsus in l. si libertus 30. ff. de oper. libert. in his verbis: *Et ferè ea mens est personam arbitrio substituendum; ut quia sperant eum rectè arbitratum id faciant; non quia vel immo dicè obligari velint. paul. in dict. l. si in l. 24. ff. locati.* Si verò arbitrium illud non fuit expressum, moram & conditionem adjicit contractui: & sic intelligendus est dict. text. in l. hæc venditio 7. ff. de contrah. emp. Ergo Paulus Castrensis in l. centesimis 46. §. si ff. de verb. obligat. Petrus à Vajo Arroyo in dict. cap. cum tibi extra de testam. versic. obstat contra, non rectè putaverunt, semper & sine distinctione arbitrium tertij in contractibus ad arbitrium boni viri omnino esse referendum.

17 Ex his facilè percipi poterit, quàm vano labore insuisset Sarmiento lib. 2. selectar. c. 6. n. 24 dum pondere textus in d. l. centesimis 46. §. si. ff. de verb. obligat. fatigatus, & tanto oneri succumbens, ut requiescere posset, negationem adhibuit; ubi non erat necesse: & in ea parte, qua dixit Consultus quod verum est, sic ille legit: *Quod verum non est.* Verba sunt hæc: *Si ita stipulatus fuero, cum volueris: quidam inuilem esse stipulationem aiunt: alii itam inuilem si antequam constituas, morieris, quod verum est.* Donellus lib. 12. comment. iur. civil. c. 7. & ibi Oluvald. lit. H. agnoscunt differentiam inter verbum si, & verbum cum; & illà differentiam statuunt conciliationem huius §. cum §. seq. sed omisã illà, sic breviter conciliandi sunt. In d. §. si ita obligatio non in simplicem voluntatem promissoris confertur, sed in eius voluntatem conditionaliter sumptam; & ita fuit stipulatio conditionalis: ideoquè si antequam constituat promissor decedat, defectà conditione

irritatur stipulatio. In §. autem sequenti stipulatio in meram, absolutam, & liberam voluntatem promissoris confertur; & ob eam causam inutilis est. In quo miserè errat distinguendo sic, & etiam dicendo donationem, & legatum esse contractus contra legem expressam in l. interdum 14 ff. de precar. per ea, quæ diximus super, num. & dicemus infra lib. 3. cap. 11. n. 8. Et in hoc differunt contractus, & ultimæ voluntates, quòd in contractibus voluntas promissoris contrahentis conditionaliter concipi possit, vide supra hoc c. n. 7. Itaque contemnendus est Vajo Arroyo circa contractus distinguens inter utro citroquè obligatorios veluti emptio, & venditio, locatio & conductio &c. & inter eos, qui ex una parte tantum est obligatio, & ex altera solum lucrum, veluti donatio & legatum. In ultimis verò voluntatibus, voluntas hæredis veluti conditio per testatorem poni non potest, ut ex l. senatus 43. §. legatum ff. de legat. 1. demonstravimus supra. Ratio differentia hæc potest esse, quòd hæres representat personam defuncti, & cum defuncto una, eademque persona esse videtur: l. hæres 22. ff. de usufruct. l. hæredem 59. ff. de regul. iur. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 8. princ. 7. illat. 5. & tit. 12. princ. 2. illat. 3. Itaque quòd in voluntatem hæredis confertur, adhuc à propria, & non manifesta testatoris voluntate pendere creditur, cum declaraverit testator illam esse suam voluntatem, quæ hæredis fuit a erit, & suam de obligando hærede nondum manifestaverit: & cum nemo se ipsum ita obligatione adstringi possit, ut teneatur solvere id, quòd nulla præcedente conventionione vult dare: l. si quis 22. ff. de legat. 3. ibi: *Nemo enim eam sibi potest. legem dicere, ut à priora ei recedere non liceat.* Idem hæres non potuit obligari propria voluntate, quia prius obligatum cum testator non reliquerat. Neque obstat dicere, idem admitti posse, quando in voluntatem tertij conditionaliter, confertur legatum, tunc etiam videri pendere à propria, & non manifesta testantis voluntate, sed illius tertij. Nam respondendum est, quòd quando confertur in voluntatem tertij, jam manifestaverat testator suam voluntatem de obligando hærede sub illa conditione si Titius voluerit; quæ voluntas cum sit alterius tertij, qui per representationem legis non potest eadem persona esse cum persona testatoris; idem in tertij illius voluntatem veluti in conditionem rectè confertur ultima testatoris voluntas; quæ neque directè, neque conditionaliter potest in hæredis voluntatem conferri.

Eadem interpretatione donandus est Jurisconsultus Gajus in l. si ita legatum 65 §. 1. ff. de legat. 1. cum ibi doceat, legatum sic relictum, illi si volentem do, conditionale esse, & ideo ad heredem legatarij non transire, priusquam legatarius ostenderit, se velle illud legatum sibi pertinere: & licet hic tacite intelligatur, legato in esse, quia non nisi volenti, & agnoscanti legatario acquiritur legatum: l. legatarius 38. §. 1. ff. de legat. 1. l. 1. §. utrum 6. ff. si quid in fraud. patronor. l. servum 44. §. 1. l. si tibi homo 68. §. cum servus 2. ff. de legat. 1. Tamen si aperte exprimat, conditionale facit legatum; ibi: *Aliud est enim iuris, si quid tacite continetur: aliud, si verbis exprimat.* Itaque valet hoc legatum, quòd à voluntate expressa legatarij pendet, quia testator voluntatem eius expressam veluti conditionem posuit: quòd in quocumque extraneo; id est, qui testatori extraneus est, fieri posse supra docuimus. Eodem modo intelligendus est idem Gajus in d. l. si ita expressum 69. ff. de cond. & demonstr. nam ad

ad validitatem legati tantum inspiciamus, an obstringatur obligatione is, qui dare legatum teneatur: leg. utrum 7. §. 1. ff. de rebus dub. Oluvaldus dict. lib. 8. comment. Donel. cap. 13. liter. A. & sequent. Anton. Gomez in l. 31. Tauri num. 3. licet ipse tom. 1. variat. resolution. capit. 12. num. 47. & Goveanus lib. 10. comment. capit. 66. Dixerint, idem expressionem huius conditionis non vitare legatum, quia & si non exprimeretur, tamen actus inesset; quos rectè improbat, Oluvald. dict. loc. litera B. Reprehendendus etiam, Petrus de Vajo Arroyo in dicto capite cum tibi versic. pugnat textus, qui sequendo auctoritatem (quia apud omnes maxima esse debet) doctissimi viri Antonii Gomez lib. 2. variat. c. 2. n. 19. & Pauli Castrensis in d. §. illi si volent, distinctionem facit inter contractus onerosos utroque obligatorios, quales sunt emptio, & venditio, locatio, & conductio, societas &c. & eos, qui sunt lucrativi, quales sunt (ut ipse ait) donatio, & legatum: Ubi supponit, donationem, & legatum contractus esse contra d. l. interdum 14 ff. de precar. & de his ultimis accipiendum esse textum in d. §. illi si volent: Et sic dilui posse credit præcedens argumentum, quòd ex comparatione contractuum ad ultimas voluntates fieri potest: l. servum 44. §. cum qui 5. ff. de legat. 1. Quòd quidem argumentum subtilius, & absque injuria rectè jurisprudentiæ solum reliquimus supra hoc. c. n. 15. & duob. seqq.

19 Ex illo principio, quòd supra ut firmissimum accepimus ab Ulpiano: nempe, quòd in hæredis voluntatem neque expressam, neque tacitam conferri possit legatum; petenda est interpretatio ad textum summè difficillem, in l. fideicommissa 11. §. hoc autem 6. ff. de legat. 3. à nullo interpretum hucusque benè explicatum. Ibi Ulpianus docet, quòd si legatum relictum fuerit ea lege, & conditione, cum hæres voluerit, illud quòd relinquitur, tractum habeat, quandiu vivat is à quo relictum fuit; id est, in toto tempore vitæ hæredis, à quo legatum fuit, & qui illam legem positam legato adimplere possit. Verum si antequam dederit hæres, id est antequam manifestaverit se velle dare, ut interpretatur Cujacius lib. 14. observat. capit. 9. vel antequam in vitæ debitum constituerit, ut Joan Borcholt. in de verbor obligat. cap. 6. num. decesserit ille, à quo legatum relictum fuit, hæres ejus legatum præstare debet; si verò vivente eo, à quo legatum relinquatur, legatarius, seu (ut textus ait) fideicommissarius decessisset, antequam hæres manifestasset suam voluntatem, vel debitum legatum constitueret, nihil à legatario transferri possit ad heredem suum: Ratio est, quia ut Consultus tradit, nemini dubium esse potest, conditionale esse illud legatum; & pendente legati conditione videri decessisse fideicommissarium: Quibus aperte ostenditur, legatum ab hæredis voluntate, veluti conditione pendere posse: Ergo falsum est, quòd passim docemus, in hæredis voluntatem, neque expressam, neque tacitam legatum non posse conferri. Ut hanc difficultatem effugiat, Donel. lib. 8. comment. iur. civil. cap. 15. ait, in voluntatem hæredis expressam conferri non posse legatum, quia sub hac conditione nulla foret obligatio: l. sub hac 8. ff. de obligation. & action. Neque in tacitam ejus conditionem, veluti si hæres in capitulum ascenderit, quia tunc hæres studiosè cavebit, ne ascendat. Præstationem tamen legati, & solutionem in vo untate hæredis poni posse profitetur; & idem utiliter relinquere legatum hoc modo, hæres meus cum voluerit, decem Titio dato dict. l. fideicommissa 11. paragrapho hoc autem 6. Digestis de legat. 3.

Et in hæc specie vivo hærede legatum peti non posse; mortuo verò eo, ab hærede illius, si vivus ipse non præstitit, præstandum esse, dicto Paragrapho 6. l. uxorem 41. §. Scævola 13. ff. de legat. 3. Ubi legatum cæteris rebus purum esse, & solutioni soli impostam fuisse usque ad tempus, quo voluerit hæres, & ultra non porrigi illam conditionem. Nam si conditionale esset mortuo hærede, priusquam vellet, nihil deberetur, postquam conditio defecisset, ut inquit Donellus, d. loc. versic. res autem sic habet, cui assentiuntur, Oluvald. ibid. lit. M. & seqq. Sarmiento lib. 2. select. c. 6. n. 12. Covarr. in d. c. cum tibi extra de testam. Greg. Lopez l. 30. tit. 9. part. 6. verbo lo contracto, Molina in empir. jur. tit. 9. n. 13. Petr. à Vajo Arroyo dict. cap. cum tibi ref. contra nostrum axioma.

Idem Oluvaldus dict. loc. liter. M, ad explanationem Donelli sequentia etiam addit: ille inquit, si substantia legati testantis voluntati innitatur, & aliqua ex parte ad dandum obstringat heredem; potest executio deponationis, ipsius hæredis voluntati relinqui hoc modo: Titio, vel Scio utri volent hæres decem dato, l. utrum 7. §. 1. ff. de rebus dub. Robert. 2. sentent. 11. potest & in arbitrium hæredis quasi boni viri legatum conferri dict. l. fideicommissa 11. §. quanquam 7. l. fideicommissa 46. §. quod si ita 3. & sequent. ff. fideicommiss. libertat. & ad hoc probandum citat Cujacium lib. 2. observat. cap. 2. Hur 1. amicabil. 5. quem valde reprehendit quia l. b. 1. observat. cap. 8. vocatam, Nihil interest, in dict. §. hoc autem 6. pervertit, & sic legit: *Hæres ejus nihil præstat, sententiam illius §. falsam reddens.* Debetur autem hoc legatum mortuo hærede; non quia, seu commiscuntur, mortuus velit, imò voluntas extinguitur, locatio 4. sed quia indicavit testator his verbis: *Cum voluerit, velle ut præstetur;* tamen quòd ita præstetur, ut non adimatur hæredi facultas parandæ solutionis & eo tempore implendæ: quò commodius facere possit; eo verò mortuo commoditatis istius nulla jam habetur ratio: Sic, Oluvaldus d. litera M, & O.

Joannes Borcholt. supra dict. loc. rectius quàm superiores Doctores, cognoscens majorem esse difficultatem, ait, §. hoc autem 6. quàm quæ possit dissolvi supradictis cogitationibus, hæc scribit: in voluntatem promissoris conferri non potest, an debeat, in voluntatem autem rectè confertur, quando debeat. Sic legatum ab hærede relictum hoc modo, ut hæres det, cum voluerit, valet, l. fideicommissa 11. §. hoc autem legatum de legat. 3. cum tamen non valeat legatum ita ab hærede relictum, ut hæres det, si voluerit: l. senatus §. penultim. ff. de legat. 1. ratio est, quia his verbis: *Si voluerit hæres,* in voluntatem hæredis confertur an valeat, quòd est absurdum: Ideoque legatum hoc modò relictum non valet. At illis verbis, *Cum voluerit hæres,* non confertur in voluntatem hæredis, an debeat, sed quando debeat: Et hoc legatum utile est. Sicque idem juris est in stipulatione sic concepta, *Cum voluerit, dabo, & in legato, ac fideicommissio, Cum voluerit hæres;* stipulatio, *Cum voluerit,* utilis est, si antequam moriar, constituat; si moriar, antequam constituat, est inutilis: dict. l. centesimis §. fin. de verb. obligat. Legatum quoque, *Cum voluerit,* utile est, si hæres antequam moriatur, constituat se velle; si vero moriatur, antequam constituat se velle, legatum est inutile. Neque obstat, d. l. fideicommissa §. hoc autem de legat. 3. in quo dicitur legatum hoc modo relictum, *Cum voluerit hæres,* ab hærede hæredis præstandum esse, si hæres antequam dederit, decesserit.

Nam Jurisconsultus loquitur in illo casu, quo hæres vivus constituit se velle dare, & postea antequam daret, mortuus est: Hoc casu hæres hæredis legatum præstabit. Hæc Borcholt. vide etiam Joannem Daut de test. n. 32.

22 Miror certè tam doctissimos viros, quales esse credimus supra adnumeratos, non invenisse verba in ipso § hoc autem, quibus non possit adaptari doctrina ex traditis ulla: Nam vel illud legatum relictum sub ea lege, Cum hæres voluerit, est purum, vel est conditionale: Si purum est, etiam si vivente hærede decedat legatarius, ad suos hæredes transmittet legatum: Quod docet Ulpianus in dist. §. his verbis: Verum si antequam dederit, decesserit, hæres eius præstat, quia dies legati puri statim à morte testatoris cedit, l. si post diem in princ. §. 1. l. hæredis 7. l. cum sine 19. §. si debitori 3. & seq. l. si usufructus §. 1. & 3. ff. quando dies legat. cedat. l. cedere diem 213. ff. de V. S. l. cum legatorum 8. & l. sequenti ff. ut legat. servand. cau. caveat. Idèdque legatum usufructus mortuo legatario ante hæreditatis aditionem, non transfertur ad hæredem legatarii; quia ejus legati dies non cedit, nisi post aditam hæreditatem: l. 2. & sequenti. dist. l. si post diem §. 1. vers. nisi, l. si usufructus 14. l. cum ita §. ultim. ff. quando dies legat. cedat. Ergo si legatum hoc relictum sub hac lege, Cum hæres voluerit, purum adest, fallum consequenter esset, quod in veris, sed & si fideicommissarius, ait Consultus; nempe mortuo legatario antequam hæres constituat, ad hæredem suum nihil à legatario transferri: Quia certissimum est, legatum purè relictum, etiam si moriatur legatarius; statim à morte testatoris in hæredem suum transferri: Ergo §. ille non est accipiendus de puro legato, ut supradicti Authores voluerunt, sed de conditionali; quod relictum erat sub conditione, Si hæres constituerit. Et Ulpianus certè expressè docet, conditionale esse in his verbis: Conditionale enim esse legatum, nemini dubium est; & pendente conditione legati videri decessisse fideicommissarium. Sed ut nè etiam credam tale legatum conditionale esse, ipse Ulpianus me movet, cum in principio textus doceat, quod si antequam constituisset, se velle dare legatum, decessisset hæres; ejus hæredem teneri ad hoc legatum legatario præstandum: Quibus ostendit mortuo hærede, antequam constituisset, adhuc legatum deberi. Sed si conditionale esset conceptum sub illa conditione, Cum hæres voluerit, statim à morte ejus defecta esset conditio, quia qui mortuus est, ulterius velle non potest: l. locatio 4. ff. locati. l. si ita 65. §. 1. ff. de legat. 1. sicut de optione dicitur in §. optionis 23. inst. de legat. deficiente legatario ante optionem factam nihil ad hæredem suum transferri per legatarium; quia ejus voluntas eligendi conditionale legatum faciebat ante tempora Justiniani: Et ea, quæ in animo, & declaratione voluntatis consistunt, una cum voluntate ipsa extinguuntur: l. si ita 65. ff. de condit. & demonstr. l. fin. ff. de solut. ut elegantissimè docet (sicut cætera omnia solet) D. D. Martin. de Larreat, lib. 4. select. jur. civ. disp. c. 4. & seq. Itaque cum in d. §. hoc autem, decedens hæres ante declarationem voluntatis, suum hæredem relinquat obstrictum obligatione ejusdem legati; evidenter apparet illud legatum purum fuisse, neque per illa verba, Cum voluerit hæres, effici potuisse conditionale. Quod & ipse Ulpianus non obscure demonstrat, dum ait illud legatum tractum habere, quandiu vivat hæres à quo relictum fuit: Quæ verba magis respiciunt solutionis moram, quam legati debiti mediâ illâ conditione suspensionem.

Uterius, si conditionale esset legatum hoc, fal-

sum esse omninò appareret quod in superioribus docuimus: puta, legatum non posse conferri in hæredis voluntatem, neque tacitam neque expressam; moti ex dist. l. servatus 43. §. legatum ff. de legat. 1. & illa ratione, quia id absurdum esset, & alienum à ratione juris, quæ nunquam patitur, ut in potestate debitoris sit, an debeat. l. 2. §. deat. ola, aliàs; non utique, ff. de eo quod cert. loc. l. sub hac conditione 8. ff. de obli. & allian. l. utrum 75. 1. ff. de reb. dub. l. fideicommissa 46. ff. de sic. cum. liberr. Ant. Fab. de err. pragmat. dec. 53. err. 6. Ergo ne tanta absurda fateri cogamur necessario dicere debemus legatum sic relictum, Cum hæres voluerit, neque purum esse, neque conditionale. Sed urgebis: Inter legatum purum, & legatum conditionale non datur tertium: Ergo vel purum est, vel conditionale. Quod non datur tertium inter purum & conditionale, plusquam manifestum est: Nam legatum ex die certo relictum, purum est, sicut contractus ex die, vel in diem certum celebratus, §. ex contrario 14. inst. de legat. l. si post, diem 5. §. 1. ff. quando dies legat. ced. §. omnis 2. inst. de V. O. & replicatio hæretorum quod diximus evertere videtur, sed adhuc nos in tuto sumus: Quod ex his quæ dicemus n. seq. manifestè apparebit.

24 His cogitationibus, quæ ex cortice ipso illius §. natura sua pullularunt, cedunt interpretationes interpretum, quos supra attulimus; & etiam cæterorum, qui circa hunc §. mentes suas, & cogitationes aperuerunt. Itaque non mirabitur quicumque hæc perlegerit, si sensus etiam nos ter parum idoneus ad dicti §. explicationem videatur, difficultas enim, quæ cæteros ingeniosissimos, & doctissimos viros vicit, facile ingeniosi nostri tenuitatem superabit: Tamen quid sentiam, dicere ingenuè non recusabo. Prius itaque suppono in illo §. non agi de legato, sed fideicommissio: Quod margarita posita in margine glossæ hujus §. accuratè notat, & explicans illud verbum legatum, hæc verba addit; Legatum dixit pro fideicommissio. In ipso etiam textu hæc verba sequuntur: Quandiu vivat is, à quo fideicommissum est, quibus quod paulò ante legatum dixerat, fideicommissum appellat. Uterius; ille, cui relictum erat, fideicommissarium vocat, ibi: Sed & si fideicommissarius antequam hæres constituat, decesserit. Et si paulo inferius appellat etiam legatum, id, quod relinquatur; in sequentibus tamen repetit, fideicommissarium esse illum, cui relictum fuit illud legatum ibi. Conditionale esse legatum, nemini dubium est, & pendente conditione legati videri decessisse fideicommissarium. Quod probatur etiam ex §. quanquam seq. ubi Consultus prosequendo quæstionem hujus §. hoc autem, de fideicommissio omnia respondit. Itaque mihi facile persuadeo, tum ex auctoritate glossæ marginalis, tum ex eo, quod postquam exæquata sunt legata fideicommissis, nomine legati rectè significetur fideicommissum; non verò è contra nisi agatur de his quæ æqualiter statuuntur de fideicommissis, ac de legatis: Quorum exemplum sume ex his, quæ à nobis dicenda sunt infra lib. 5. capit. 10 numer. 6. quia post illam exæquationem, quæ non omninòda fuit, sed pensatorie facta per Ulpianum in l. 1. ff. de legat. 1. ex l. omne 2. Cod. commun. de legat. facit etiam text. in l. quid ergo 13. §. ex compromisso 6. de his, qui notant. inst. l. semper 5. §. demonstratur 2. ff. de jur. in rem. argument. tex. in leg. Julianus 40 §. 1. Digestis de manumiss. testament. Adhuc supersunt plura in legatis, eorum propria, quæ non possunt convenire fideicommissis, de his vide Donellum lib. 8. comment. jur. civil. capit. 2. & ibi Oluvald. littera A, & non etiam

etiam de aliis differentiis alio loco fusiùs tractabimus: Ergo quod relictum fuit in d. §. hoc autem, fideicommissum fuit, & non legatum. Ex qua suppositione consequens est, ibi legatum neque esse purum, neque conditionale; cum absolutè non fuerit legatum; quia legato non poterant convenire quæ scripta in d. §. inveniuntur.

25 Præsupposito, quod fideicommissum sit illud, quod in dicto §. hoc autem, relictum est, elegantissimus extitit ibi Ulpianus, dum professus fuit conditionale esse illud fideicommissum, quod etiam nos libenter fateremur; & per consequens valere, quavis ejus conditio conferatur in voluntatem expressam hæredis: Quod secus esse in legatis docuimus abundè, præced. num. Râtio elegantissima hæc est: Fideicommissa exæquata sunt legatis, ut ex comparatione legatorum possent producere actionem ad compellendum hæredem, ut præstet de necessitate fideicommissi, sicut præstat legatus: Nam antequam facta fuisset hæc æquiparatio, hæres fideicommissi gravatus non poterat compelli ad ejus præstationem, princ. instit. de fideicom. hæred. quia ex pietate tantum debebat, id si vellet, præstare: l. Lucius 78. in princ. & §. res hæredes 2. ff. ad S. C. Trebellian. vide Antonium Fabrum in jurispr. Papin. tit. 2. princ. 7. illat. 1. & 2. Cujac. lib. 15. quest. Papin. in l. hæres 11. ff. de his, qui ut indigni. Doul. lib. 7. comment. jur. civil. cap. 15. ibi Oluvald. litter. D. Ita verò æquiparatio, & ex ea; agendi potestas, quæ fideicommissario datur, ex necessitate introducta fuit; ne enim voluntatis preces defuncti (ut loquitur Papinianus in l. cum pater 77. §. filius 23. ff. de leg. 2.) & utilitas fideicommissarii deficerent, vide quæ diximus supra lib. 1. c. 8. n. 15. Unde eam hanc æquiparationem factam fuisse, ut per eam fideicommissis præsticeretur, non verò ut ea eis noceret: ergo ubi comparatio fideicommissis nocitura est, pro non facta habenda est: & (ut brevius dicam) comparatio facta fuit, non ut valeret fideicommissa, per se enim absque ulla comparatione subsisterent, & ex pudore hæredis eorum solutio pendebat dist. princ. instit. de fideicom. libertat. Sed ut essent efficacia ad producendam actionem eodem vigore, ac si legis modo legata essent. Itaque in his casibus, in quibus legatorum ad fideicommissa attendi non debet; si enim illa teneret tunc, propter comparationem irritarentur fideicommissa in eo casu, quo si non esset facta ulla æquiparatio, fideicommissa tenerent: sicut contingit in specie hujus §. hoc autem, ubi irritata æquiparatione relinquatur fideicommissum in illo statu, quo erant ante ipsam: & cum olim ex sola voluntate hæredis penderent, rectè poterant relinqui sub illa conditione, si hæres voluerit; vel sub hac, cum hæres voluerit (nihil enim interest inter hæc duo genera conditionum: l. quodcumque 45. §. fin. ff. de verb. oblig.) cum etsi illa conditio expressa non esset, fideicommissa ex vi suæ naturæ ab hæredis voluntate mera pendebant; neque ulla necessitate hæres adstringebatur ad ea præstanda; unde cum nihil novi addatur fideicommissis per hanc conditionem, quod siue ea non haberent; nihil mirum, quod valeat in dict. §. hoc autem fideicommissum relictum sub conditione si hæres voluerit.

Neque huic doctrinæ obstat quod diximus supra hoc c. n. 22. vers. verum si antequam, puta illud fideicommissum puram esse, cum si esset conditionale ad hæredis hæredem obligatio fideicommissi non transfret. Nam respondendum est, ibi debere præsupponi quod ante mortem hæres ejus, qui fi-

deicommissum reliquit, debitum constituerit, ut bene docet Joan. Borcholt. de verb. obligat. cap. 6. n. 86. Itaque post adimpletam conditionem per declarationem suæ voluntatis hæres decessit; & ea de causa fideicommissi obligationem decedens transtulit in suum hæredem, purificata ante obitum suum conditione.

Superioribus obstat ipse Ulpianus in d. l. fidei. 26 commissi 11. §. quanquam 7. dum hæc ait: Quanquam autem fideicommissum ita relictum, non debetur; si voluerit: tamen si ita adscriptum fuerit, si fuerit arbitratus, si putaveris; si estimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur, debetur. Non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum: Unde cum fideicommissum relictum sub conditione, si hæres voluerit, non valeat; & nos nullam agnoscamus differentiam inter has duas condiciones, cum hæres voluerit, & si hæres voluerit, ut super. num. ex l. quocumque 45. §. fin. de V. O. docuimus; necesse est, ut coacti ab ipso Ulpiano, fateamur fallum esse quod docet; nempe, in d. §. hoc autem, valere fideicommissum, etsi illum §. de fideicommissio, & non de legato accipiamus. Sed neque hæc me movent; ut ad contraria vertar; imò potius elegantiorum ex his percipio mentem Ulpiani; & talem, ut illa magis firmet, quam evertat ea quæ diximus ad explicationem dist. §. hoc autem. Dicit enim Consultus in dist. §. quanquam, quod si fideicommissum relinquatur sub hac conditione, si hæres voluerit, illud non debeatur: non tamen ex eo rectè deducitur, non valere fideicommissum: non enim esset recta consequentia, non debetur fideicommissum: ergo non valet fideicommissum: solus enim debet is dicitur, à quo invito exigi potest: l. debitor 108. Digestis de verb. obligat. signif. ibi: Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest. Et creditor solus dicitur ille, cui debetur ex quacumque actione; nam ille, cui debetur ex obligatione naturali, creditor dici non potest: l. creditores 10. ff. eod. tit. ibi: Creditores accipiendus esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione, vel persecutione, vel jure civili sine ulla exceptionis perpetuæ remotione, vel ordinario, vel extraordinario sive puri, sive in diem, vel sub conditione. Quod natura debeatur, non sunt loco creditorum l. Stichus 24. ff. de stat. liber ibi: nam spondisse aliqua significatione dici potest, etiam si non sit sequuta obligatio l. si quem pen. §. 1. ff. eod. tit. ibi: Quanquam ea promissa nullam rem habitura est, tamen permittendo liberabitur. Et cum fideicommissio exigi non poterant, ut in præcedentibus docuimus, rectè dicitur ab Ulpiano in dist. §. quanquam licet indubitanter valeant, non tamen ea deberi ex eo, quod exigi non possunt: & ita etiam ibi Consultus somit fideicommissam in eo casu, quo nulla attendi debet æquiparatio, quia ea noceret fideicommissio.

In altero verò casu, nempe si fueris arbitratus, si putaveris, si estimaveris &c. fideicommissum non relinquatur sub conditione, sed sub arbitrio boni viri; & sic relicta eadem legata valent, & puta sunt, quia arbitrium boni viri semper certum est l. 1. §. 1. in fin. ff. de legat. 2. l. Thais 41. §. sorore 4. l. fideicommissa 46. §. quod si ita ff. de fideicom. libertat. Neque conditio nalia facit legata, idque ostendunt Ulpiani verba: Non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum: Ex quo provenit, quod tunc recta sit, & sustinenda æquiparatio legatorum ad fideicommissa: & cum per illam exæquationem non solum valeant fideicommissa, etiam debentur, quia ab hærede invito tunc exi-

gi possunt: l. si sic legatum 75. ff. de legat. 1. Inde est quod in causa arbitri debentur fideicommissa, quæ dicebatur non deberi in causa conditionis, si heres voluerit. Et ita hæc rectissime confirmant illa, quæ ad explicationem d. §. hoc autem, dedimus, qui sic novitate singulari absque ulla sanè jurisprudentiæ molestia interpretatur. Tamen valde notandum est, quod in his casibus in quibus diximus fideicommissa valere, non verò deberi, si conditio impleatur; hoc est, si hæres constituerit se velle dare id, quod ab eo testator reliquit, & postquam constituerit, decessisset ante præstationem; obligatum relinquat suum hæredem, à quo invito poterit peti, non ratione fideicommissi, quia ejus nulla olim exactio erat, sed ratione voluntatis debitum constituentis, & obligationem dandi in se suscipientis.

23 Ex dictis interpretatur textus in l. fideicommissaria 46. §. fin. ff. de fideicommiss. libertat. ibi: Quidam cum tres servos legasset, fidei hæredis sui commisit, ut ex his duos, quos vellet, manumitteret; fideicommissa libertas valebit, inquit Paulus, & quos ex his volet, hæres manumittet. Nam ibi trium servorum legatum legitime constitit, neque in voluntatem hæredis fuit relicta; sed electio unius de tribus, qui legatario dandus esset, in arbitrium hæredis relicta fuit; quod à testatore fieri potest, vide Donnellum lib. 8. comment. jur. civil. cap. 19. & ibi passim Osvaldus cum ab eo adductis interpretibus. Neque ex hoc sequitur, legatum in dict. §. fin. relicta fuisse in arbitrium hæredis, quod semper negandum est; sed id solum, quod electio relinquatur hæredi; qui servus dandus sit, & quod electionem hanc faciat per manumissionem aliorum: Et nihil interest, quod tres servi debeantur legatario, nam licet tres relicti fuerint in legato, postquam eos legavit, testator bene potuit numerum legatorum minuire: Nam cum totum legatum adimere potuerit: l. si quis 3. §. fin. & l. seq. ff. de adimend. legat. l. cum hic status 32. §. penitentiam 3. ff. de donat. inter virum, & uxorem, multo magis illud minuire potuit: l. fundo 2. ff. de adimend. legat. l. non debet 21. l. invidus 156. §. 1. ff. de regul. jur. Et ita illud legatum minuit, quando hæredi facultatem duos ex tribus manumittendi dedit. Et hanc interpretationem afferunt ad dict. §. fin. Ioan. Daur. de testam. num. 37. Anton. Gom. ad l. 31. Tauri num. 4. Petrus à Vajo Arroyo, in dict. cap. cum tibi versic. pugnat. etiam textus in l. fideicommissaria, licet non ita ornate eam scribant. Hac ipsa interpretatione explicandus est text. in l. cum quidam 24. ff. de legat. 2. in illis verbis: Cum quidam in fideicommissum reliquisset; rogo, restituas libertis meis, quibus voles. Hæc etiam explicatio convenit textui in l. unum ex familia 67. l. cum pater 77. §. hereditatem 4. & §. à filia 10. ff. de legat. 2. quorum omnium textuum rationem invenies apud Jurisconsultum Gaium in l. utrum 7. §. cum quidam 1. ff. de reb. dub. Neque enim in arbitrio ejus, qui rogatus est, positum est, an omnivò veli restituere; sed cui potius restituat, Donel. & Osvald lib. 8. comment. jur. civ. c. 15. liter. K. & M. Et quos supra adduximus hoc cap. 17.

29 Eodem principio pendet explicatio textus in l. fideicommissaria 46. in princip. ff. de fideicommiss. libertat. ibi ait Paulus, fideicommissaria libertas ita potest dari, heres si voluerit, fidei tunc committio, ut Stichum manumittas, quamvis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu hæredis. Quibus verbis ostendit si fideicommissariam libertatem conferri posse in hæredis voluntatem; ratione illà, quam nuper docuimus quod fideicommissa sic relinquì possunt, recipiunt

enim illa hanc conditionem secundum ea, quæ scripsimus supra num. 25. & seqq. & cum licet in fideicommissaria fideicommissum sit, ut dicitur in l. generaliter 4. ff. de fideicommiss. libertat. à quo possit libertas fideicommissaria relinqui? Ex aliis fideicommissis datur regulam ad fideicommissariam libertatem in illis verbis respondit: Generaliter dicens esse posse fideicommissariam libertatem adscribere, qui fideicommissum pecuniarum possunt relinquere, Ulpianus in fragm. tit. 2. §. cuius fidei 9. Unde colligitur fideicommissariam libertatem eodem jure censendam, ac fideicommissa cæterarum rerum, vide Cujacium lib. 15. observat. cap. 5. Sic sicut fideicommissum pecuniarium quod in hæredis voluntatem confertur, valet; Ita etiam libertas fideicommissaria collata in ejus voluntatem debet valere. Hæc tamen differentia in libertate fideicommissaria observanda est, quod libertatibus fideicommissariis per Senatusconsultum Rubrianum subventum est ita, ut si non præstitierint eas hæredes, ex Senatusconsulto servus consequatur libertatem, l. cum vero 26. §. subventum 7. ff. de fideicommiss. libertat. l. si cum servum 28. §. si quis servum 4. ff. eodem tit. Anton. Fab. in jurispr. P. fin. tit. 5. princip. 2. illat. 20. tit. 6. princip. 7. illat. 5. & tit. 4. princip. 3. illat. 3. Neque obstat quod sequitur in dict. l. 46. ibi: Quamvis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu hæredis: Nam ille versic. sic intelligi debet, quamvis nihil aliud præter fideicommissam libertatis, quàm cæterarum rerum, potest valere ex nutu hæredis, id est ex voluntate hæredis: Quia quicquid in testamento relinquatur ægis modo, hoc est, directè; non potest conferri in hæredis voluntatem, neque tacitam, neque expressam, ut fusc hoc cap. docuimus. Ulterius illa verba etiam sic explicari possunt, quamvis fideicommissa ex nutu hæredis ita efficaciter valere non possunt, ut debeantur (sicut supra diximus) fideicommissaria tamen libertas ita efficaciter valet, ut & debeatur aded, ut si hæres illam non præstet, à Senatusconsulto præstetur.

Neque obstat dicta l. fideicommissaria §. quod si ita 30 ubi dicitur, quod si ita scriptum sit, si heres voluerit Stichum liberum esse volo, libertatis dationem non valere: Nam ibi de directà libertate loqui certum est ex §. antecedent. cuius questio prosequitur in d. §. quod si ita, & nihil directum conferri potest in voluntatem hæredis: l. senatus 43. §. legatum ff. de legat. 1. Si verò voluntas illa hæredis exigatur a testatore quasi arbitrium boni viri, valebit datio libertatis directæ. Neque obstat dict. §. sed est ita 2. dict. l. fideicommissaria, ubi dicitur, quod si libertas directæ detur hoc modo, si Scius voluerit, Stichum liberum esse volo, valere libertatem: Nam tunc voluntas Scij accipitur à testatore veluti conditio; & sic accepta eandem vim habet hæc, si Scius voluerit, ac hæc altera conditio, si Scius in capitolium ascenderit, ut dicitur docet Cujacius d. lib. 2. observat. c. 2. ex l. 1. ff. de legat. 2. Ex quibus omnibus deduco has distinctiones generales, nempe; quod nihil directum potest conferri in voluntatem hæredis; quod omne fideicommissum possit in hæredis voluntate poni; quod omne directum conferri possit in voluntatem alienam, dum voluntas illa veluti conditio accipitur à testatore: Si verò illa voluntas sumatur ut libertas, & absoluta; tunc non valeat quod in similem voluntatem confertur.

Ex eodem principio pendet explicatio textus elegantis, in l. filio præterito 77. ff. de injust. rupt. irrit. que fact. testam. Sed quia de ejus explicatione egi supra

pra lib. 1. cap. 5. num. 19. & cap. 10. n. 30. hic non repetam quod dictis in locis satis abundè scripsimus. 32 Ulterius frivolum est supradictis objicere (ut aliqui faciunt) textum in l. Theopompus 14. ff. de dot. præleg. nam ibi non agitur de aliqua dispositione collata in alterius voluntatem, sed de probata voluntate testatoris, unius hominis testimonio; ex eo, quod testator ei soli credi voluit; & quod ille dixerit, ita credatur, ac si ipse testator dixisset: cuius ratio extat in l. item eorum 6. §. 1. ff. quod cuiusq. univers. ibi: Parvi enim refert ipse ordo elegerit, an is cui ordo negotium dedit. Osvaldus lib. 25. comment. Donnell. cap. 15. tit. de testib. Circa explicationem textus dict. l. Theopompus, vide Antonium Fabrum lib. 7. conjectur. cap. 12. Et ex his omnibus, quæ in hoc cap. scripsimus apertissime constat, Ulpianum parum duras controversias pati in dict. l. 1. ff. de legat. 2. propter id, quod ibi dixerat, in arbitrium alienum conferri legatum veluti conditionem posse; & tunc nihil interesse inter hæc duo, si Titius in capitolium ascenderit, & si Titius voluerit; quod verum est, & meo videri expeditissime relinquimus explicatum.

CAPUT X.

Explicatur Textus in l. partis 10. ff. de præscr. verb.

SUMMARIUM.

- Hunc textum à paucis rectè observari docetur. Verba ejus referuntur. Ex l. Julia antiquitus vir, vel uxor superstes poterat accipere tertiam partem bonorum prædefuncti, etiam si sine liberis decessisset. Eadem lex permittebat, ut etiam tertiam partem usufructus superstes acciperet. Et quando liberos habuisset, etiam tertiam partem proprietatem. Referuntur Ulpiani verba in fragm. tit. 15. qua superiora probant. Hoc jus antiquum Imperatores subtrulerunt in l. ult. C. de infirm. pen. celib. orb. & de decimar. sublat. Eadem l. ult. absque limite potest relinquere decedens quantum velit.
- Ejus juris antiqui vestigia adhuc remanent in Pandectis. Et inveniuntur in l. 10. de præscr. verb. l. pen. de usur. l. ult. de usur. legat. l. 24. de adim. legat. l. 78 §. 14. ad S. C. Trebell. l. 4. C. quando dies leg. ced.
- Quare tam frequenter in jure inveniatur scripta hæc conditio, si liberos habuerit, quando aliquid legatur uxori. Eiusdem conditionis meminit, l. 9. l. 25. l. 61. ff. de cond. & demonst.
- Fingitur species dict. l. 10. ff. de præscr. verb. Usufructus propriè datur earum rerum, quæ salva substantia earum possunt uti frui. Usufructuarius nihil tangere potest & mutare. Usufructuarius non potest facere, sed solum reficere. Nihil præter usum est in rebus, quæ usu consumuntur.

De rebus, quæ usu consumuntur, non est propriè usufructus, & num. 6. Pecunia numerata commutatur inter eas res, quæ usu consumuntur. Pecunia numerata propriè usufructus esse non poterat. Senatusconsulto statutum fuit, ut earum rerum, quæ usu consumuntur, esset usufructus. Explicatur l. 1. & tot. tit. ff. de usufr. car. rer. quæ usu consumuntur. Explicatur in d. l. 10. de præscr. verb. vers. hæredis bona, &c. An aliquod interse inter legatum usufructus bonorum, & usufructus rerum singularium. Explicatur l. ult. de usufr. legat. l. 39. §. 1. l. 49. de V. S. Apud Proculianos, & Sabimianos magna fuit contentio circa questionem superiorum. Adducitur l. 26. §. ult. de legat. 1. l. 82 §. 6. ff. de usufr. legat. Redditur ratio eorum verborum, & hæredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt, dict. leg. 10. Eisdem l. verba, & per ignorantiam stipulatio prætermissa est, explicatur. Circa usufructum duplex cautio redditur. Prima cautio est earum rerum, quæ salva substantia uti frui possunt. Ejus cautionis forma refertur ad explicationem l. 1. ff. de usufr. Hic usufructus debet esse in rebus alienis. Nemo in rebus propriis jure servitutis usufructum habere potest. Id probatur ex leg. 5. si usufruct. petat. leg. 26. de servit. urban. prædior. leg. 33. §. 1. de servit. rustic. prædior. leg. 25. de V. S. An recta sit distinctio usufructus in usufructum formalem & casualem? An hæc distinctio, quæ deducitur ex l. 4. & 5. si usufruct. petat. l. 21. §. 3. de except. rei judic. l. 25. de usufr. legat. l. 126. §. 1. de V. O. obstat legibus superioribus? Ciceronis locus ad probandam superiorem distinctionem adducitur. An Antonius Faber recta ratione reprehendit Ciceronem? Redditur ratio, quare dicatur usufructum partem dominij esse. Referuntur plurimi textus præter l. 4. de usufr. probantes partem dominij esse. In re propria quilibet dominium habet, quod magis est, quam usufructum habere. Dominio rei propria inest etiam usufructus. An usufructus, qui dominio inest, jure servitutis usufructus sit? Altera cautio est, quam Senatus induxit in rebus, quæ usu consumuntur. Naturam rerum nemo mutare potest. Hujus secunda cautionis usufructus forma refertur. Referuntur verba l. 2. §. 1. de usufr. car. rer. quæ usu consumuntur. De quo genere cautionis loquitur Consulatus in dict. leg. 10. de præscr. verb. docetur. In dict. leg. 10. ex dictis explicatur versic. quarto.

In rebus, qua non consumuntur usu, si pratermissa sit cautionis stipulatio, vindicare rem dominus poterit, & eam retinere, donec cautio praestetur.

Hac sententia probatur ex l. 7. de usufr. & quemadmodum, cau. ejusque verba referuntur. An possit etiam dominus omisam stipulationem condicere?

An in dict. l. 10. de pecunia dari possit rei vindicatio post finitum pecunia usufructum?

An saltem conditio detur? affirmativè respondetur.

Explicatur l. 5. §. 1. de usufr. car. rer. quæ usu consumuntur. l. 31. de cond. indeb. l. 2. §. 4. de donat. l. 7. §. 4. de dot. præleg. & n. seq.

8 Quid statumendum sit, quando nec exacta fuit stipulatio à principio, nec constans usufructu conditio.

Quæ actio danda sit tunc ad repetendam pecuniam?

Ipsam quantitatem condici posse docet Sabinus.

Quantitas in rebus, quæ usu consumuntur, idem est ac dominium in his quæ fruuntur salva rerum substantia.

Explicatur lex 1. verfic. electa, ff. de cont. empt.

Quare in l. 46. de cond. indeb. leg. 94. §. 1. de solut. l. 5. de impens. in reb. dotal. fact. connumeretur pecunia inter res incorporales.

An etiam vinum, oleum, & fumentum, & similia sint res in incorporales, & quare? Earem rerum unus, non frequens usus est: ejusque ratio redditur.

Magna difficultate apud Consultos obtinuit in dict. l. 10. ut pecunia condici possit.

Ratio quare apud Consultos id grave fuerit, ostenditur.

9 Superiori rationi sit satis. Præter naturam rerum Senatus effecit, ut esset usufructus rerum, quæ usu consumuntur.

Sabinus translatum pecunia dominium pro non translato habet, & quare?

Hinc acceptioni obstat quedam consideratio.

Nemo rem suam potest condicere.

Consumptione rei dominium, & reivindicatio extinguuntur.

10 Difficultates præcedentes dissolvuntur. In pecunia, & his, quæ usu consumuntur, non differt dominium ab usufructu.

Explicatur l. 44. verfic. item de solut. l. 8. de alim. leg. l. 84. de reg. jur. leg. 25. §. 1. de usufr.

Quæ actio detur in dict. l. 10. ostenditur.

In dict. l. 10. quid statuatur, si consulto stipulatio omittatur, ac si per ignorantiam.

Textus hic à paucissimis rectè observatur, ejus verba referamus: Partis tertiæ usufructum legavit, hæredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt; & pecuniam, quæ ex æstimatione partis tertiæ fiebat, mulier accepit fruendi causâ; & per ignorantiam stipulatio prætermissa est: quæro, an ab hærede mulieris pecunia, quæ fruendi causâ data est, repeti possit? respondit in factum actionem dari debere. Nunc notandum est à lege Julia antiquitus effectum fuisse,

quod vit & uxor inter se ad invicem alter ex alterius testamento matrimonij causâ, id est, in favorem matrimonij etiam si liberos non haberent, decimam partem bonorum testatoris superstes accipere possent. Uterius eadem lex permittebat, ut etiam tertiam partem usufructus bonorum omnium decedentis caperet superstes, & quandoque liberos habuisset, ejusdem tertiæ partis proprietatem. Ulpian. in fragm. tit. 15. in his verbis: Vir, & uxor inter se matrimonij nomine decimam capere possunt, & paulo post: Præter decimam etiam usufructum tertiæ partis bonorum ejus capere possunt; & quocumque liberos habuerint, ejusdem partis proprietatem: hoc amplius mulier petere præter decimam, dotem potest legatam sibi. Quod jus antiquum Imperatores Honorius, & Theodosius subtrulerunt in l. ult. C. de infirmamand. pœn. celib. orbitat. & de decimar. sublat. & de creverunt, ut tantum possent vir & uxor invicem derelinquere quantum superstitis amor exegerit absque ulla coarctatione liberalitatis.

Et licet antiquam computationem subtilissent, tamen adhuc aliqua ejus vestigia non obscura remanserunt plurimis in juris partibus, præcipuè in d. l. partis 10. ff. de præsc. verb. & in l. pen. ff. de usufr. ibi: Maritus uxori suæ usufructum tertiæ partis. & cum liberos habuisset, proprietatem legavit; Eodem modo apud Venuleium ejusdem rei mentio aperta apparet in l. ult. ff. de usufr. legat. his verbis: Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usufructum legaverit; etiam in leg. legatum 24. ff. de adimend. legat. ejus testimonium nobis Papinianus præstat, dum hæc scribit: Nam si quis uxori sublatis liberis legaverit: repetita conditio non videbitur, quæ fuit in persona mulieris necessaria; idem asseritur in l. Lucius Titius 78. §. maritus 14. ff. ad S. C. Trebell. ibi: Maritus uxore instituta hærede ex parte tertij, & pluribus eis fideicommissis datis, dotem quoque prælegavit; denique idem significant verba; l. cum uxori 4. Cod. quand. dies legat. ced. ibi: Cum uxori usufructum fundi legetur, & ejus proprietatem cum liberos habuerit. Et hæc sola fuit causa, quare tam frequenter inveniantur apposta uxori hæc conditio, si liberos habuerit, quando ei aliquid legatur, l. solemus 9. l. cum vir uxori 25. l. si vir uxori 61. ff. de cond. & demonst. Jacob Cujac. lib. 8. respons. Papin. in d. l. legatum 24. ff. de adimend. legat. & lib. 18. observat. cap. 16. in fin. quæ refert Gothofredus in d. l. Lucius Titius 78. §. maritus, ff. ad S. C. Trebell. & in d. l. cum uxori 4. C. quando dies legat. ced.

His præsuppositis sic fingenda est species dict. l. partis 10. ff. de præsc. verb. Maritus quidam decedens legavit uxori suæ usufructum tertiæ partis bonorum: hæredis bona ejus creditores distraxerunt: & post creditores dimissos ex pecunia, quæ superfuerat de pretio bonorum, quæ distracta erant; accepit mulier illam quantitatem, quæ sufficiens erat ad æstimationem usufructus tertiæ partis bonorum, quem maritus ei reliquerat; & cum mulier illam pecuniam sumpserit fruendam, per ignorantiam omisâ fuit stipulatio, qua constitui solet usufructus in rebus, quæ usu consumuntur: quaeritur, an pecunia illa, quæ fruendi causâ data est mulieri, eâ mortuâ repeti possit; & qua actione illa repetenda sit? respondit Consulutus illam pecuniam repeti posse per actionem in factum. Hæc est facti species, quam explicabimus secundum literam legis. Usufructus propriè earum rerum tantum potest esse, quibus salva substantia rei uti frui possumus, leg. 1. ff. de usufr. princ. instit.

instit. eo. tit. pr. inst. eod. Hotoman. illustr. 22. Marc. Lyclama lib. 7. mebrav. eglaga 29. Broncorst. lib. 1. unificat. c. 57. Donell. lib. 9. omni jur. civil. c. 21. Schickart. disp. 5. de inst. ib. 10. in resolut. quæst. Christophor. Bezoldus in delibatis juris lib. 2. pandect. quæst. 2. Et ad id verum est, quod salva debeat esse in usufructu rei fructuaria substantia; ut usufructuarius nihil de proprietate possit tangere, vel mutare: & ita ejus rei faciem, quam invenerat, debet relinquere; nec rectorum parietibus, qui rudes erant, imponere poterit; nec quidquam ampliari, vel minuere; & in summa usufructuarius non poterit facere. sed fructe tantum, vel tueri rem illi in cuius usufructu fruatur, l. inde 3. §. rest. ore 15. ff. de itin. attingue privat. l. usufructus, §. fin. & l. seg. litem 9. §. seminarij 6. l. si cuius 13. sed. si adim. 7. l. sed est quid 15. §. ult. l. usufructum 44. l. usufructuarius 61. l. sed cum 65. l. vetus questio 68. §. ult. cum l. seg. ff. de usufr. Quia ratione cæteræ res, quæ usu consumuntur (quales sunt vinum, oleum, triticum, & similia inter quas comprehenditur etiam pecunia numerata) non recipiant usufructum, quia in his nihil præter usum invenitur. Sed Senatusconsulto factum est, quo stabilitum in posterum permansit, ut si earum rerum usufructus legatus sit, valeat legatum; perinde ac si earum rerum propriè usufructus esset, & ex eo legato res legatario tradantur, cautionibus interpositis de ipsis rebus restituendis, cum usufructus ad legatarium pertinere desierit: l. 1. & rei. tit. ff. de usufr. car. rer. quæ usu consumuntur. Cujac. lib. 8. quest. Papin. in l. tribus 8. ff. eod. tit. & lib. 7. respons. papin. in l. uxori 21. de usufr. legat.

4 Et ita rectè Javolenus in d. l. partis 10. ff. de præsc. verb. hæc scripsit: Hæredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt; & pecuniam, quæ ex æstimatione partis tertiæ sit bat, mulier accepit fruendi causâ. Sed multum interest, ut attendatur, utrum legatus sit usufructus bonorum, an verò rerum singularium, ut constat ex l. ult. ff. de usufruct. legat. l. sub signatum 39. §. 1. bonorum 49. ff. de V. S. nam apud Proculeianum, & Sabinianos hæc de re magna controversia fuit, ut manifestè ostenditur in l. non amplius 26. §. ult. ff. de legat. 1. ibi: Cum bonorum parte legata ambium sit, utrum rerum, partes, an æstimatio dicatur, Sabinus quidem, & Cajus æstimationem voculus & Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt, l. generati 3. §. usufructum 8. ff. de usufr. legat. Et ita puto ad vitandam hanc questionem, sive controversiam sic Javolenum proposuissè in dict. l. partis 10. hæredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt: Nam etsi certe rerum partes deberentur, in hac specie satis esset æstimationem præstari: sed etsi ita ex facto incidere, ea res Javoleno causa esse potuit ejus questionis vitandæ in dict. l.

5 Apud eundem Javolenum sequitur: Et per ignorantiam stipulatio prætermissa est. Quæ quidem verba ut intelligi possint, scire oportet circa usufructum esse duplex genus cautionis: unum commune de rebus, quæ per naturam ipsarum uti frui possunt, quarum substantia usufructu non violatur, quales sunt fundus, servi, ædes, jumenta, & similia; & hæc cautio taliter præstatur ab usufructuario se usurum, fructuum boni viri arbitratu; & cum usufructus ad eum pertinere desierit, restitutum id, quod inde stabit, dict. l. 1. ff. de usufr. princ. instit. eod. tit. Paul. lib. sent. 1. tit. 11. & lib. 3. tit. 6. sent. usufructu legato 1. l. 1. ff. de usufr. quemadmodum caveat. Unde sequitur, quod usufructus, de quo agimus, debeat esse de rebus alienis: nam dominus rei suæ utendi fruendi jure servitutiæ Hieron. de Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

tis usufructum non habet: l. uti frui 5. ff. si usufructus petat. l. in re 26. ff. de servit. urbanor. prædiar. l. cum esset 3. §. 1. in fin. ff. de servit. rusticor. prædiar. l. rellè 25. ff. de V. S. Cujac. lib. 9. ad African. in dict. l. 33. Donell. lib. 9. comment. jur. civil. cap. 21. Osvwald. ibi liter. F. Sed communiter obijciunt, duplicem esse usufructum: alium eum proprietate conjunctum: alium verò à proprietate separatum, ait. l. uti frui 1. fundus 4. ff. eod. tit. si usufructus petat. l. si cum argentum 2. l. si fundum 3. ff. de except. rei judic. l. qui fructus 2. §. ff. de usufr. legat. l. si ita stipulatus. §. 26. §. 1. ff. de V. O. Ergo in re propria quis usufructum habet, Cicer. 7. epistolar. famul. 3. ibi: Id cuiuscumque est proprium quo quisque utitur fruatur, neque rectè eum reprehendit Anton. Fab. lib. 15. consell. cap. 8. dicens nihil audacius, & in jure nostro alienius dici potuisse; nam Cicero non loquitur eo sensu, quo credidit Faber; sed illo, quem explicabimus in sequentibus. Et hæc ratione usufructum partem dominij esse à Jurisconsultis passim docetur, sicut in l. Mævius 66. §. fundo 6. l. cum si ius 76. §. dominus 2. ff. de legat. 2. l. qui usufructum 58. ff. de V. O. l. usufructus 4. ff. de usufr. l. si unus 27. §. item si 8. ff. de part. l. arboribus 12. §. de illo 1. ff. de usufr. l. vacca emptor 43. l. si ab emptor 49. ff. de evict. l. non quocumque 82. §. fundo 2. ff. de legat. 1. l. si quis 3. §. loci 6. ff. de admend. legat. l. in servitum 106. ff. de bon. libert. leg. si usufructum 23. ff. de liber. cau. vide infra lib. 4. cap. 4. num. 8. Tamen facilis est responsio: in re sua jus eundi, fruendi, utendi quod usufructus est nemini esse dicitur, sed aliquo amplius, nempe dominium, ager, fundus, proprietas, leg. quod nostrum 63. ff. de usufr. dict. l. uti frui, ff. si usufructus petat. l. questio 115. ff. de V. S. Dominio rei suæ inest quidem etiam usufructus, ut dixi ex l. Mævius, & aliis: sed quod inest, id non per se, non specialiter, non propriè est: is usufructus absolutè non servitus est, ait. l. uti frui, ait. l. in re 26. ff. de servit. urbanor. prædiar. dict. l. cum esset, §. ult. ff. de servit. rusticor. prædiar. l. cum in fundo 78. ff. de jur. dot. l. si it 4. ff. de serv. legat. §. si cui 9. instit. de legat. Anton. Fab. lib. 15. consell. cap. 8. de quo usufructu, qui non nisi jus dominij est, vide Donell. lib. 9. comment. jur. civil. cap. 9 & lib. 10. cap. 2. Et non est de hoc genere usufructus cautio hæc; nemo enim sibi ipsi cavere potest se usurum fruendum, quem habemus in rebus alienis, qui propriè & specialiter dicitur usufructus.

Alterum cautionis genus est, quod Senatusconsulto sua autoritate introduxit de his rebus, quæ usu consumuntur, vel quali, ut de vino, oleo, tritico, & similibus, & de pecunia quoque numerata: in quibus non stipulamur à legatario eum ut bonum patremfamilias usurum fruendum, quia eorum usus nullus est præter consumptionem, l. sed de pecunia 2. §. 1. ff. de usufr. car. rer. quæ usu consumuntur. & naturam rerum nemo mutare potest, Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 12. princ. 1. illar. 6 Sed hoc tantum promittitur, ut quodcumque usufructuarius mortuus, vel capite minutus fuerit, ejusdem quantitatis res, aut si res æstimate sunt, quanti æstimate sunt, restitutum, l. si vini 7. & seq. ff. eod. tit. Neque enim Senatusconsultum ita ut verè usufructus in his rebus jure constitui possent, sed remedio cautionis introducto efficit, ut formaretur quali usufructus: verba Jurisconsulti Gaij in d. l. 2. §. 1. quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecunia usufructus propriè esset neque enim naturalis ratio

ambrositate Senatus commutari potuit: sed remedio introducto capiti quasi usufructus haberi: Et de hoc genere cautionis loquitur Javolenus, in d. l. partis 10. in versic. & per ignorantiam. Anton. Fab. in iurisp. Papin. tit. 12. princ. 7. illat. 7. Oluvald. lib. 10. commet. Donel. cap. 4. liter. C. in fin. & non de cautione, quæ datur de rebus, quæ usu non consumuntur.

7 His præsuppositis, quærit Consulatus in versic. quæro, an possit repeti ab hærede mulieris pecunia illa, quæ fructu causa mulieri data fuerat. Quod ut percipi possit, animadvertendum est in cæteris rebus, quæ non consumuntur usu, veluti fundus, homo, ædes, & similia, etiam si per ignorantiam fuerit prætermittita stipulatio, de qua diximus supra num. 5. domino rei, vel ejus hæredi superesse adhuc rei vindicationem, etsi usufructus nomine res tradita fuerit usufructuario, dum satisfactum non fuerit, & satisfactum non fuerit, quæ vindicatione recuperabit rem, in qua constitutus fuerat usufructus; & retinere eam poterit, donec cautio præstetur: l. est usufructus 7. ff. usufr. quemadm. caveat. ibi Ulpianus: Est usufructus nomine re tradita satisfactum non fuerit; Proculus ait, posse heredem rem vindicare, etsi obijciatur exceptio de usufructus nomine tradita, replicandum erit: quæ sententia habet rationem. Ulpianus, si hoc remedio uti nolit dominus rei, habebit etiam conditionem, qua poterit & stipulationem prætermittam condicere, Ulpian. dicit. loc. ibi: Sed & ipsa stipulatio condici poterit. Donell. lib. 10. comment. iur. civil. cap. 14. & 15. Ratio est, quia superest adhuc proprietario dominium rei fructuarie. At in legato pecuniæ, de quo agitur in dicit. l. partis vindicatio non est, nec ante finitum, nec post finitum usufructum; cum translatum sit dominium pecuniæ, idque usu consumptum sit: stipulatio tamen nihil verat etiam in legato pecuniæ condici naturali conditione incerti, dum constat usufructus, vel dum per mortem usufructuarij, vel capitis diminutionem non fuerit extinctus: l. hoc Senatusconsulto 5. §. 1. ff. de usufruct. ear. rer. que usu consum. ibi: Dicitur potest omittam cautionem posse condici incerti conditione, l. is qui plus 31. ff. de cond. indeb. l. si cum filiisfamilias 2. §. item 4. ff. de donat. l. pater 7. §. si forte 4. ff. de dot. ord. leg. Cujac. lib. 17. quest. Papin. in l. tribus 8. ff. de usufr. ear. rer. que usu consum. & in l. Titio centum 71. ff. de cond. & demonstr. & lib. 19. quest. ejusd. Papin. in l. peto 69. §. fratre 3. ff. de legat. 2. & lib. 3. respons. Papin. in l. hereditatem 28. ff. de donat. Donel. lib. 10. comment. iur. civil. cap. 4. Oluvald. ibi liter. E.

8 Hæc verissima sunt, sed præcipua quæstio, l. partis 10. ff. de præscr. verb. est inquirere, quid statendum sit, quando neque ab initio ex acta fuit stipulatio; neque postea constante usufructu condita; & quæ actio tunc danda sit ad repetendam pecuniam, postquam ejus usufructus finitus fuerit, Ipsam quantitatem condici posse Sabinus putavit in dicit. l. hoc Senatusconsulto, §. 1. ibi: Sed si finito usufructu ipsam quantitatem Sabinus putat posse condici, cui sententiæ assentitur etiam Ulpianus in sequentibus verbis: Quam sententiam & Celsus lib. 18. D. gestum probat, que mihi non inargua videtur. Ipsa quantitas idem est in his rebus, quæ usu consumuntur ac dominium in his, quæ non consumuntur usu: idque disertè de pecunia scriptum reliquit Jurisconsultus Paulus in l. 1. ff. de contrah. emp. Electa materia est (inquit) cuius publica; ac perpetua æstimatio difficultatibus permutacionem æqualitate quantitatis subveniret: eaque novæ via forma publica percussa usum dominij quo non

tam ex substantia præbet, quàm ex quantitate, Anton. Fab. in iurisp. Papin. tit. 2. princ. 4. illat. 3. Et ea ratione sola connumeratur pecunia inter res incorporales: l. qui hæredis 46. ff. de cond. indeb. l. si cui nummos 94. §. 1. ff. de solut. l. quod dicitur 5. ff. de imp. n. in reb. dot. lib. fact. l. quisquis 95. in fin. ff. de legat. 3. l. Lucius 24. ff. de positi. Idem etiam vinum, oleum, frumentum res incorporales dici possunt, quia ea consistunt in quantitate sicut pecunia, & in eis quantitas inspicitur, non ipsæ res, l. ita stipulatus 1. §. ff. de V. O. & multò antiquius in his, quàm in pecunia hoc fuit statutum, cum earum rerum dominium nunquam amplius fuit, an profuit, quàm usus ipse, postquam earum rerum una, eademque sæpius uti non potest, quia in primo usu consumitur; vide quæ dicemus infra lib. 3. cap. 5. num. 1. Denique hoc certissimum est in ipsa rerum natura, illud quo unaquæque res consumitur, uniuscujusque rei totum, & summum esse, & in eo tota ejus substantia sit: & quia pecunia numerata quasi usu consumitur, dicit. l. 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. que usu consum. §. constituitur 2. inst. de usufr. quem non recedè intelligit Christoph. Befold, in delibatis juris lib. 7. Pandect. quest. 14. Idem in ea nihil esse credendum est præter usum ipsum, d. l. 5. §. 2. Unde contigit, quod ut posset in dicit. l. partis 10. ff. de præscr. verb. ipsa quantitas, id est, ipsa pecunia condici non sine magno, & valde controverso negotio effici posse videbatur, cum evidenter constaret nihil negotij inter eos re vera gestum esse; neque indebitum solutum esse, ut interpretari posset negotium aliquod gestum fuisse: nam etsi pecunia utenda tantum data est, tota tamen sic data est, postquam pecunia nihil præterea habet quàm usum ipsum, ad quem data est: itaque quid condici potest de eo, quod totum debebatur: at debebatur pecunia utenda, id vero tota pecunia est: idem quia totum quod solutum erat, debitum fuit; nulla ejus condicio dari posse videbatur, vide Antonium. Fabrum in rational. ad dicit. l. partis, qui non multum dissimilis est ab hoc genere ratiocinationis.

His tamen non obstantibus sic visum fuit Javoleno agi posse ex mente, & sententia Senatusconsulti, quo statutum fuerat de usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur: Ratio est, nam si præter naturam rerum, quæ usufructum non recipiunt, quin primo usu consumuntur, Senatusconsulto effici potuit, ut pecuniæ usufructus esset, l. 2. §. 1. ff. de usufruct. ear. rer. que usu consum. Quidni potuerit Sabinus translatum pecuniæ dominium pro non translato haberi; id est, pro usufructu tantum accipere, & interpretari eo modo, ac si jure usufructus pecuniæ apud fructuarium esset, & dominium ipsius pecuniæ apud eum, vel hæredem ejus, qui eam tradiderat; Vel si tota observatione, & rigore juris interpretandum est, pecuniam traditam pro indebito soluto accipere? Tamen sic districtè facta interpretatione, obstat maximè hæc consideratio: Vel usufructus tantum fuit, non translato dominij: Ergo non est danda condicio ad repetendam pecuniam, sed vindicatio; quia nemo rem suam condicit: l. ultim. ff. de usufruct. quemadm. caveat. l. penult. ff. de cond. cav. dat. cav. non fecit. & hoc repugnat numeratæ pecuniæ, quæ consumpta est, quia consumptione extinguitur dominium, & tollitur rei vindicatio, l. quod si forte 14. §. 1. ff. de solut. l. obligari 9. §. pupillus 2. ff. de auct. tutor. Vel translatum fuit etiam dominium pecuniæ numeratæ; & condici pecunia potest: Sed hoc non convenit usufructui, qui tantum legatus

legatus fuit: Ergo non potest interpretari neque translatum dominium pecuniæ fuisse, neque non translatum fuisse. Ulterius, solutio pecuniæ, quando solus usufructus legatus fuit, in hac specie media est inter solutionem debiti, & indebiti; debiti, quia pecunia solvi debuit, ut ejus quantitatis usufructus esset; indebiti, quia pecuniæ usufructus legatus fuit, non ipsa pecunia; sed medium illud inveniri non potest, nam usufructu finito morte, vel capitis diminutione mulieris non reperitur pars pecuniæ, quæ extet, quæve vindicari possit; imò neque illa pecunia ab initio indebitè soluta fuit, ut ab initio repeti possit: Ergo neque repeti, neque vindicari poterit.

10 Sed has difficultates superavit sua interpretatione Sabinus in d. l. 5. §. 1. ex eo, quod in pecunia numerata, & in cæteris rebus, quæ usu consumuntur, non sit distinctum dominium ab usufructu, sed idem & individuum; & non possit dividi translatio dominij à translatione usufructus: Circa quod vide quæ dicemus infra lib. 3. cap. 5. n. 21. Et ex hac unitate, seu identitate dominij, & usufructus rerum, quæ in assumptione sunt, interpretatus fuit quod proximum erat; puta, ut tandem usufructu finito videatur finita causa ob quam pecunia soluta erat, & eadem quantitas condici possit, l. in numerationibus 44. in postremo exemplo ff. de solut. l. pecunia 8. ff. de alim. legat. l. cum amplius 4. ff. de reg. jur. l. sed etsi 25. §. 1. in fin. ff. de usufr. Et hujus generis est actio, quam Javolenus in hoc loco in factum appellat, nam eam designat, quæ naturalem tantum præstationem habet, nullo negotij commento informatam, sed relictam formæ, quam ex re ipsa, seu nuda æquitate habere potest; quæ eadem est cum illa, quam Papinianus in d. l. pecunia, utilem appellat. Cæterum, cum Consulatus dicit, in d. l. partis si per ignorantiam prætermittita sit stipulatio, tacitè insinuare videret, quod si consultò prætermittita fuerit, pecuniam repeti non posse, seu quod ejus consulto dati donatio est, cujus per errorem dati repetitio est; seu quod legatorum perperam solutorum nulla repetitio est ex antiquo jure: l. cujus 53. ff. de reg. jur. l. 1. in fin. l. quod quis 50. ff. de cond. indeb. l. si per ignorantiam 6. C. eo. iur. l. si repetendi 7. C. de con. ob can. dat.

CAPUT XI.

Interpretatur Text. in l. si quis 7. & seq. ff. de usufr. accresc.

SUMMARIUM.

- 1 Apicem juris, quæ in d. l. latet, Author commendat. Proponitur species, l. si quis 7. ff. de usufruct. accresc.
- 2 Quando respectu unius rei altera res accessionis loco est, attendi debet modus legandi, & numerus 4. Servus cum peculio legatus si moriatur, aut manumittatur ante legati dici cessionem, etiam extinguitur legatum peculij, non verò è contra.
- 3 Servus sine peculio esse potest, peculium sine servo nequaquam. Patrifamilias sine patrimonio esse potest. Patrimonium sine patrifamilias esse nequit. Fundus instructus, vel cum instrumento legatus alienato fundo extinguitur legatum instrumenti. Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civ.

menti non contra. Si ita legatur servus & ejus peculium, fundum & ejus instrumentum, mortuo servo, seu manumisso, vel alienato fundo durat legatum peculij, & instrumenti, & numer sequent.

Explicatur §. 17. instit. de legat. l. 1. l. 5. de instit. vel instrum. legat. l. 1. & 2. de pecul. legat. l. 4. de pecul. legata, l. 39. §. 4. ff. fam. ercisc. & n. seq.

3 Supradicta differentia non attenditur, ubi nihil principale, nihilque accessio alterius est, & quare?

Exemplum traditur in ancilla, & ejus agnatis; in servo ordinario, & ejus vicariis, & num. 4.

Explicatur l. 61. cum seq. de leg. 1. l. 3. & seq. de pecul. legat. l. 13. §. ult. de manum. testam.

Singulos homines ipsa rerum natura distinguit; non nostra destinatio.

L. 66. §. 3. de leg. 2. l. 79. de leg. 3. l. 19. §. 1. de reb. dub. obiter tanguntur.

Quando testator legat, naturæ destinationem sequi præsumitur, nisi expresse aliud docent se velle.

Peculium, & instrumentum non est necessaria accessio servi, & fundi, sed ex destinatione nostra.

Adducitur l. 24. §. pen. ff. de leg. 1. l. 60. de verb. signif.

4 Inter legatarios æquè principales idem observatur, ac inter res æquè principales legatas.

Legatarij omnes æquè principales sunt inter se.

Legatarij ideo concurrunt, quia omnes sunt æquè principales.

Traditur ratio concursus in l. 7. de usufr. accresc. l. 10. de usufr. l. 31. de stat. liber. §. 6. §. 1. l. 112. §. 2. l. 121. ff. de legat. 1.

Jure naturali nihil est quod alteri sit principale, nihil quod alteri sit accessio.

In personis sive legatis, sive legatariis nullo jure sive principali, sive accessio est.

Quare vicarius non sit accessio ordinarij?

In §. ult. institut. de jur. person. quare dicatur in servorum conditione nullam esse differentiam?

Explicatur §. 38. versic. partus instit. de rer. divil. l. 28. §. 1. ff. de usur. l. 42. ff. de usufr. legat.

5 Hæredi, qui ex asse instituitur, non potest legari.

Hæredi, habet cohæredes, ex parte cohæredum legari potest.

Ei soli legari potest, qui extraneus est.

Licet legatum ex parte hæredis non valeat, tamen illud ex sua parte ei adjudicandum est iudicio familia erciscunde.

Pro ea re aliis cohæredibus adjudicanda vicissim est alia res; vel pro ea relegata faciendæ est æstimatio.

Explicatur l. 75. §. 1. de legat. 2. & n. seq. Adducuntur l. 4. famil. ercisc. l. 17. §. ult. cum l. seq. l. 67. de legat. 1.

6 Superioribus obstat. l. 87. de legat. 1. d. l. 17. §. ult. & l. 7. l. 12. C. de legat.

Hinc objectioni fit satis, & dicit. l. interpretantur.

- Post hereditatis repudiationem retroceditur, neque hereditatem à principio datam fuisse?
- Idem dicendum est in herede suo, postquam se ab hereditate abstinuit.
- Referuntur, l. 38. l. 57. de acquirend. hered. §. sui institut. de heredit. qual. & differ.
- 7 Superioris propositionis impugnatio ab Osuvaldo tradita, reprobatur.
- L. 16. §. 6. ff. quod legator. l. 91. ad l. Falcid. l. 116. l. 1. §. de legat. 1. nihil faciunt contra interpretationem nostram.
- In prelegato, & simplici legato nullam dari juris differentiam docetur contra, Osuvald.
- 8 An si legatur uni ex heredibus, & aliis legatariis non heredibus, & legatarii repudient jus accrescendi tantum deus ei heredi, cui legatum relictum fuit?
- Hujus questionis species proponitur ad majorem claritatem.
- Superior questio resolvitur.
- Aliæ questiones moventur, & decidentur.
- Hereditas est omnium legatorum primum legatum.
- Interpretantur, l. 1. §. ultim. l. 6. §. 1. ff. de usufr. accresc.
- 9 Ex superioribus alia questio excitatur, & resolvitur.
- 10 Pontitur species ad dict. l. 7. ff. de usufruct. accresc.
- Contra eam, superius dicta ingens difficultas insurgit.
- Aliud est singulis heredibus nominatim legari, aliud universis copulativè.
- Superioris distinctionis pars prima explicatur.
- L. 34. §. 11. de legat. tantisper explicatur.
- L. 116. §. 1. l. 67. §. 1. de leg. 1. l. 7. §. 1. de rebus dub. l. 2. cum suis §§. de stat. liber. l. 32. de vulgar. & pupillar. substitut. tanguntur.
- 11 Secunda etia distinctionis pars explicatur.
- Plures qui ut universi ad legatum vocantur, non sunt conjuncti.
- Jus universalitatis in unoquoque qui legatum agnovit, servatur.
- Explicatur, lex 7. §. 1. de rebus dub. lex 19. leg. 15. §. ultim. de legat. 1. l. 1. §. ultim. Digestis quod cujusque universi. nomin.
- Quare in d. l. 7. de usufruct. accresc. non deducatur prius id, quod inaviliter ab heredibus legatum fuit?
- Ejus dubitationis ratio elegantissima traditur.
- Antonij Fabri distinctio ad dict. l. 7. de usufr. accresc. reprobatur.
- 12 Superiori rationi objicitur quadam consideratio, & dissolvitur.
- Explicatur l. 7. ff. de hered. inst.
- Verba l. 7. de usufr. accresc. referuntur.
- 13 Legatum usufructus aliquid speciale habet distinctum à legato proprietatis.
- Explicatur, l. 1. §. interdum 3. vers. sed in usufructu ff. de usufr. accresc.
- Explicatur etiam in d. §. 3. vers. omnes etiam apud Plautium.

Explicatur dignissima sunt dict. l. si quis Attio 7. & l. si mulieri seq. ff. de usufruct. accresc. multa enim in his legibus conteguntur Apicibus juris plena: Species, l. si quis sic fingenda est. Quidam usufructum legavit Attio, & heredibus testatoris, ait Consulutus dividendum esse usufructum, & dimidiam Attio, & alteram dimidiam heredibus dandam esse. Quid verò statuendum sit, quærit Consulutus, si legatum usufructus sic relictum fuerit, Attio, & Seio cum heredibus meis usufructum do. Et respondit in tres partes dividi debere usufructum, ita ut unam partem habeat Attius, alteram Seius, & alteram heredes consequantur: Neque enim interest, prosequitur Paulus, ita legatur illi, & illi cum Mevio; an illi, & illi, & Mevio, hæc est species facti.

Nunc notari oportet, quod quando res legata principalis sit respectu cujus altera res locum accessionis occupat, modus legendi inspicere oportet. Nam potest tunc contingere ut in uno legendi modo extincta re principali, seu extincto legato in re principali etiam extinguatur legatum accessionis; & in alio modo legendi etiam extincto legato rei principalis, non extinguatur legatum accessionis: Exempla utriusque modi sunt hæc. Servus cum peculio legatus fuit, si servus moriatur, vel manumittatur, vel alienetur, antequam dies legati cedat, peculium legati etiam extinguatur: Ratio est, quia unum legatum est in quo inventum res principalis, & ejus accessio: Si verò peculium extinguatur, non extinguatur legatum servi: Non enim sicut peculium pendet à legato servi, servus pendet à legato peculij. Servus sine peculio esse potest per se, peculium verò sine servo, aut per se esse nequit; quemadmodum, & paterfamilias sine patrimonio subsistit, non contra patrimonium sine paterfamilias: l. cum igitur 42. ff. de stat. homin. l. quidam 14. ff. de jur. codicil. Eodem modo, si fundus alienetur, etiam legatum instrumenti extinguatur, non contra: Et hæc ita in primo legendi modo contingunt. Si vero ita legatur, Stichum, & ejus peculium, fundum & ejus instrumentum do, lego; etiam mortuo Stichum, vel alienato fundo adhuc durat legatum peculij, & instrumenti, quia in hoc genere legendi plura sunt legata: Et tunc peculium vel instrumentum non consideratur ut accessio servi, vel fundi, sed per se consistens, & legatum distinctum faciens à legato servi, text. in §. si quis ancillas 17. institut. de legat. l. 1. l. si cui fundus 5. ff. de instrum. vel instrument. legat. l. 1. & 2. ff. de pecul. legat. l. nam quod 4. ff. de penul. legat. l. ex parte 39. §. duos 4. ff. famil. eriscund. D. D. Martin. de Larreategui lib. 1. selectar. juris civilis, disputat. capite 9. numero 11. Cujacius libro 9. question. Papinian. in l. quod privilegium 8. ff. depositi, & libro 11. respons. Papinian. in l. 1. §. 1. ff. de pignor. Donell. libro 8. comment. juris civilis capite 17. & ibi Osuvaldus littera M, & N. Et sic hæc diligenter debent observari, quando aliqua res est alterius rei accessio.

Supradicta differentia non debet attendi, ubi nihil sit principale, nihil accessorium, sed æquè utrumque per se consistit, ut contingit in ancilla, & ejus natis; in servo ordinario, & ejus vicariis: Itaque in his nihil refert, quomodo legatur; nam quocumque modo legatum relinquatur, sive sic; Ancillas, & ejus natos: ordinarium servum, & ejus vicariis de, lego; sive ita; Ancillas cum suis natis ordinarium cum suis vicariis de, lego, nam sive primo, sine secundo modo legatur, morientibus ancillis &

ancillis, vel manumissis ante cessionem dici legati, vel ordinario, decedente, vel alienato; nati filij, & vicarij servi in legato remanent, d. §. si quis ancillas l. si ancilla 62. cum l. seq. ff. de legat. 1. l. at si ancilla 3. & seq. ff. de pecul. legat. l. si ita 13. ff. ult. ff. de manum. 167. Ratio est, quia huius respectu ancillæ, à qua nati sunt; vel vicarij respectu servi ordinarij, non sunt accessiones, sed res æquè principales, quia per se consistunt sine alio, & habent sua corpora distincta: Singuli homines non juris intellecta, aut destinatione nostra à nobis, vel conjunguntur, vel disjunguntur, sed divisionem ab ipsa rerum natura acceperunt, l. Mevius 66. §. non idem 3. ff. de legat. 2. l. si chorus 79. ff. de legat. 3. l. si cognatis 16. §. 1. ff. de rebus dub. D. D. Martin. de Larreategui lib. 8. selectar. jur. civilis. disputat. cap. 7. in fin. & de explicatione dict. §. non idem 3. cap. 8. per tot. Cujac. lib. 17. question. Papinian. in dict. §. non idem. & lib. 14. ob. servat. cap. 21. Donell. in supradict. loc. & illam divisionem instam ab ipsa natura videtur testator sententia fuisse; & sic legatum illud secundum numerum corporum divisibile: & quot corpora sunt, tot legata fecisse, ut rectè ostenditur ex dict. l. at si ancilla 3. ff. de pecul. legat. ibi: Quia duo legata sunt separata. Hoc tamen adhibita distinctione sic intelligendum est, nisi aperte appareat testatorem aliud voluisse, & conditionaliter omnia simul legasse, argument. dict. l. si ita §. ultim. ff. de manum. testament. Diversum est in servo qui peculium habet, legato, & in fundo instructo; quia peculium est accessio servi: & instrumentum fundi Peculium, vel instrumentum non est necessaria accessio servi, vel fundi; ita non sequitur ex legato servi, vel fundi, tacite peculium aut instrumentum: Sicut nec sequuntur vicarij ex legato ordinarij servi, ut agnati ex legato ancillæ, l. si legatus 24. ff. de pecul. legat. l. quæstum 12. §. Celsus 30. ff. de instr. vel instrum. legat. l. ultim. ff. de impel. legat. Cujac. lib. 2. respons. Papin. in l. qua pater 32. ff. famil. eriscund. & lib. 11. responsor. sed est accessio ex destinatione testamenti, quia ut ait, Paul in l. quod rerum 24. §. penultim. ff. de legat. 1. nostra destinatione fundorum nomina, & domus non natura constituuntur: l. locus 60. ff. de verb. significat. Et idè quando fundus instructus, vel servus cum peculio legatur, cognoscitur destinatione testatoris ex verbis, quibus relinquatur legatum; si servus fuerit cum peculio legatus, vel fundus instructus, vel cum instrumento, ita videtur testator velle legato servi, vel fundi, accedere peculium, vel instrumentum: si verò ita legaverit testator, servum, & ejus peculium; fundum, & ejus instrumentum do lego; tunc peculium non accedit servo, neque instrumentum fundo, sed legatum per se est, dict. l. 1. & §. ff. de instr. vel instrum. legat. argument. text. in l. scire 29. ultim. ff. de V. O. in fin.

Idem quod diximus de rebus æquè principalibus, veluti in ancilla, & ejus gnatis; observari inter legatarios etiam convenit: inter eos enim nihil interest, utrum sic legaverit testator. Attio, & Seio, & heredibus meis; an sic Attio, & Seio cum heredibus meis; eadem ratione, quam supra attulimus, quia legatarij non sunt alter alteri principale, vel alter alteri accessio, sed omnes sunt æquales; & idè quia æquales sunt, concutuntur: concutuntur enim æqualium, seu æquè principalium proprius est: l. si quis 7. ff. de usufr. accresc. l. illi 40. de usufr. legat. l. si servo 31. ff. de stat. libert. l. Titia 36. §. primo l. si quis inquilinos 112. §. si ita 2. leg.

si quis legaverit 121. ff. de legat. 1. ibi: Si quis legaverit Titio cum Mevio; & sine altero alter ad legatum admittitur: nam & cum dicitur prator ventrem cum liberis in possessionem esse jubeo. & si non sint liberi, ventrem in possessionem mittitur; Et hoc nulla alia de causa, quam quia neuter horum est accessio, sed omnes sunt principales personæ: nam inter personas una alterius personæ accessio esse nequit. In rebus verò legatis, quarum altera alteri principale, vel accessio est; illa sola ratio apparet, quod testator isto legandi modo, servum cum peculio, fundum cum instrumento, videatur sequutus fuisse concessionem peculij, quam servo fecit; vel destinationem animi sui, quam de instrumento ad fundum applicando habuit. Altero verò modo, servum & ejus peculium, fundum & ejus instrumentum, videtur testator omnes res in æquo posuisse; & jus naturale sequutus fuisse; quo jure nisi in corporibus, quæ uno spiritui continentur; vel cohærentibus inter se partibus constant, nihil alterum alteri, principale, vel accessio est; sed omnia æquè per se consistunt, & æquali jure sunt. In personis verò, sive legatis, sive legatariis nihil principale, aut accessio est; non jure naturali, quia eo jure omnes homines inter se divisi, & æquales sunt, §. jus autem gentium 4. instit. de jur. natur. gent. & civil. l. ut vim 3. l. manumissiones 4. ff. de just. & jur. Celsus Rodigin. l. 5. lectio. antiquar. cap. 9. vers. qui servos habent. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 3. princ. 1. vers. observandum & princ. 3. in princ. non jure gentium, quo servitus introducta est; quia eo jure tam ancilla, quam ejus gnati æquè servi sunt; & idè Imperator Justinianus in §. ult. instit. de jur. personar. ait, in servorum conditionem nullam esse differentiam, idè servos omnes in ratione servi non distingui, quia eodem modo est, servus, qui nascitur servus, ac est ille, qui fit servus per captivitatem. Anton. Fab. dict. loc. vers. apparet. Vicarius verò quare non sit accessio servi ordinarij, ex ea ratione pendet, quod olim constitutum fuit, ne homo in fructu hominis esset, §. in pecudum 38. vers. parvus inst. de ver. divis. ibi: Partus verò ancillæ in fructu non est &c. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse; cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit, l. in pecudum 28. §. 1. ff. de usur. l. in fructu 42. ff. de usufr. legat. Pugnare tamen superioribus videtur quod peculium, in quo servus vicarius est, servo ordinario accedat: ergo accedit vicarius ipse. Sed non ita est, accedit enim vicarius non per se, sed per consequentiam peculij, in quo comprehenditur; neque nomine suo accessio illa est, sed nomine peculij; & quod alterius respectu sit, & per consequentias contingit, non attenditur. Ex his omnibus apparet, nihil interesse, utrum ita quis legaverit, Attio, & Seio cum heredibus meis; an, Attio, & Seio, & heredibus meis mulieri cum liberis suis; an mulieri & liberis suis; ordinario servi cum vicariis; an Ordinario & vicariis; ut probatur ex l. si mulieri 8. Digestis de usufr. accresc.

Ut cætera, quæ in dict. l. si quis 7. ff. de usufruct. accrescend. scripta sunt, percipi possint, testat explicandum (quod & maxime convenit ad rectam interpretationem dict. l. si mulieri,) quomodo heredibus legari possit? Et certum est heredi, qui ex alio institutus est, legari non posse; sed posse legari heredi, qui cohæredes habet, ex portionibus aliorum cohæredum, Ulpian. in fragm. tit. 14. §. heredi 22. l. planè 34. §. si duobus 11. l. legatum 116. §. 1. ff. de legat. 1. quia ut ait idem Ulpianus, dict. tit. §. legatum 21. legatum ei tantum dari potest, qui ex-

transiens est, quo fit, ut neque seruo hæredis instituti legari possit per ea, quæ fusc scripsimus supra lib. 1. c. 2. n. 2. & seqq. Solum hoc attendi debet, quod licet legatum hæredi relictum ex sua parte non valeat, tamen res legata ex sua parte ei adjudicanda sit iudicio familiæ eriscundæ; & aliæ res pro illa aliis co-hæredibus vicissim adjudicandæ; vel pro ea re, quæ legata fuit, æstimatio facienda sit, l. cætera 4. l. si ita 42. ff. fam. erisc. l. qui filius 17. §. ult. cum l. seq. l. servus 67. ff. de legat. 1. DD. Martin. de Larreategui lib. 4. select. jur. civil. disputat. c. 11. n. 3. Et ex his rectè explicatur text. in l. miles ad sororem §. 1. ff. de legat. 2. ubi uni hæredum præceptiones reliquerat testator: iste hæres ante aditionem hæreditatis decessit, post cessionem tamen dici legatorum: præceptiones, quæ ex partibus cohæredum constituerunt, ad hæredem suum translati dicitur; quare ergo non applicata sunt ejus hæredi ante ejus præceptiones? Id verò ex ea ratione provenit, quod non constitit ex parte hæreditaria ejus, cui relictum fuerat prælegatum; & idèd non potest ei adjudicari, nisi iudicio familiæ eriscundæ, ut probant supra adductæ leges: Et cum iudicium familiæ eriscundæ non exerceatur nisi inter eos, qui adierunt hæreditatem, ror. in ff. C. famil. erisc. ut doctissimè tradit (sicut omnia solet) DD. Martin. de Larreategui lib. 4. select. jur. civil. disputat. cap. 3. minimè potuerunt ex parte hæredis decedentis præceptiones transferri ad ejus hæredes; non jure legati, quia illud nullum est ex ea parte hæreditatis, quæ hæredi pertinebat, d. l. qui filius 17. §. ult. cum l. seq. ff. de legat. 1. non jure adjudicationis per officium familiæ eriscundæ quia illa non fuit facta ante mortem hæredis, neque fieri potuit ante aditionem hæreditatis: Rectè ergo Jurisconsultus Papinianus docet in dict. l. miles §. 1. ad hæredem non transferri præceptiones, nisi proportionibus cohæredum, quia pro his tantum constituerunt.

6 Sed huic interpretationi valde obstat text. in l. filio 87. ff. de legat. 1. ubi idem Papinianus in filio, quem pater habebat in potestate, pro parte hærede instituto à patre, cui prælegatum reliquerat, præter partem hæreditatis, in qua eum instituit; respondit, quod si filius se abstulit à paterna hæreditate, legati petitionem ei denegandam non esse: & contrariam sententiam ut durissimam reprobavit his verbis: Filio pater, quem in potestate retinuit, hæredi pro parte instituto legatum quousque reliquit: durissima sententia est existimantium denegandam ei legatam petitionem, si patris abstulit hæreditate: non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis, implicari, idem docet Ulpianus in dict. l. qui filius 17. §. ult. ibi: Sed etsi abstinnerit se hæreditate, consequi eum hoc legatum posse constat ff. de legat. 1. & in l. seq. Julianus addit: Et quidem totum legatum petere potest, quamvis se à metipso inuuliter ei legatum fuisse, l. cum responso 12. C. de legat. Sed pro nobis respondet Cujac. lib. 6. respons. Papin. in dict. l. miles ad sororem §. 1. ff. de legat. 1. In supradictis legibus repudiatam fuisse hæreditatem ab hærede, cui prælegatum datum fuerat: & cum per repudiationem fiat, ut videatur à principio non fuisse hæredem institutum eum, qui hæreditatem repudiavit: l. utrum 7. ff. de reb. dub. argum. text. in l. Titio 34. ff. ad leg. Aquil. l. legatarius 38. §. 1. ff. de legat. 1. Sed ut alter cohæres videatur solus ab initio in solido fuisse institutus: l. conjunctim 80. ff. de legat. 3. l. 1. §. interdum 3. l. idem Nera-tius 3. ff. de usufr. accresc. (Idem dicendum est in eo, qui cum esset necessarius cohæres, se abstulit à

parte hæreditatis, l. si duo 38. ff. de acquir. hæred. Abstentio enim hæredis necessarij idem in effectu operatur, ac repudiatio hæredis extraneij; id est, ut apud prætorem, qui actiones ab agendum decernit; non habeatur pro hærede, l. necessarius 57. ff. de acq. hæred. §. sui autem 2. inffit. de hæred. qual. & differ.) Meritò dicitur, cohæredem institutum post repudiationem venire ad totum legatum, quia non fuit hæres à principio, qui hæreditate repudiavit; neque ille, qui se ab hæreditate abstulit ex post facto. Et ita Papinianus in d. l. filio 87. non dixit prælegatum illud totum post abstentionem ipso jure valere, sed legati petitionem dandam esse filio se abstinenti; & rectè, quia in filio se abstinenti æquitas prætoris elucet, non subtilitas juris, vide Donel. lib. 7. comment. jur. civil. cap. 2. A. ter verò deciditur in d. l. miles ad sororem §. 1. quia ibi non fuit repudiata hæreditas, sed decessit hæres ante ejus repudiationem; itemque aditionem: & cum nullo instanti possit dici prælegatum illud ex parte qua hæres institutus fuit, delatum fuisse jure legati; quia hærede nondum repudiante semper ex sua parte reputabatur partem legati jure hæreditario ei delatam fuisse; ideo illa pars pervenit ad cohæredes jure hæreditario, quia eodem jure delata fuit cohæredi prælegatario argum. text. in l. quamdiu 39. ff. de acquir. hæred. Sic Cujac. suprad. loc. licet non tam ornate Donel. lib. 8. comment. jur. civil. cap. 7. qui eam interpretationem sumpserunt ab A. C. r. s. in d. l. miles ad sororem §. 1.

Neque ea, quæ superius diximus, evertit (quævis id delidere) Oluvaldus dict. loc. Donel. liter. C. dum ait, discrimen hoc adductum se probare non posse, quia agnoscat diversam rationem inter legatum simpliciter relictum uni ex hæredibus, de quo loquuntur leges adductæ num. præced. & inter prælegatum, seu præceptiones relicte uni hæredum, de quibus loquitur dict. l. miles ad sororem §. 1. & inter hæc discrimen esse præd. Consultas probat ex l. 1. §. qui vero 6. ff. quod legator. in illis verbis: Ex causa præceptionis, junctis aliis verbis: Et si alio genere legati l. in quarta 9. ff. ad leg. falcid. ubi aperte se jungitur legatum datum hæredi ab eo legato, quod præcipere iustus est. Itaque diversum jus constituit Oluvaldus dicens, quod legatum simpliciter relictum hæredi, pro parte hæreditaria inutile sit dict. l. prælegatum verò non quæ in legato simpliciter, si hæres non existat ex quacumque causa, legatum totum ab hærede instituto obtineri quia in eo legato nulla pars est hæreditaria; in prælegato verò diversum esse, credit, quia quacumque ratione hæres non existat, etsi ob repudiationem; semper pars altera hæreditaria non obtinet, quia non hæredi non potest obtinere: hæc Oluvaldus nulla adhibita lege ad probandum diversum jus constitui debere inter legatum simplex hæredi relictum, & prælegatum. Neque quoad jus differentia ulla est inter hæc legata, quia prælegatum nihil aliud est, quam quod relinquatur hæredi præter portionem hæreditatis; & legatum simpliciter relictum nihil aliud est: Et licet demus Oluvaldo diversitatem in genere loquendi, non tamen ei eam eam dabitur in modo juris; quo eodem modo decerni debet unum, ac alterum genus legati: Ergo persistamus in concordia legum supra adductarum; hæc sufficienter ut obiter doceamus ex l. in quartam 9. ff. ad leg. falcid. l. legatum 116. §. 1. ff. de legat. 1. quomodo hæredibus legari possit.

Sed superest subtilior, & difficilior quæstio: si legetur aliquid uni ex hæredibus, & aliis legata

riis

riis non hæredibus, an jure accrescend. partes legatariorum repudiantium, vel morientium ante agnitionem legati ad eum hæredem solum possint pertinere; Proponamus speciem hujus quæstionis: Ei, qui ex parte dimidia hæres institutus est, & aliis duobus extraneis fundum testator legavit, si unus legatariorum, vel ambo repudiaverint legatum, vel decesserint ante ejus agnitionem, nūquid eorum partes accrescent hæredi illi ita, ut totum fundum habere queat, qui sine collegatariis dimidiam tantum ab hærede vindicare possit? Ad hanc quæstionem respondendum esse puto jure accrescendi ad eum minimè pertinere posse totum fundum; quia omnes in id legatum, quod hæredi utiliter relictum est, concurrunt; idque ex æquis partibus eos dividetur: Puta; dimidia pars fundi, quæ utiliter cohæredi relicta fuit ex altera dimidia parte hæreditatis pertinentis ad alterum cohæredem dividetur in tres sextantes, si nemo repudiaverit; & si repudiaverit aliquis, dabitur jus accrescendi alteris, si hæres repudiaverit, vel hæredi, si alius repudiaverit: Altera verò dimidia pars fundi, quæ extat in hæreditate hæredis collegatarij, non potest ipsi legari; l. legatum 116. §. 1. ff. de legat. 1. l. in quartam 9. ff. ad leg. falcid. & ita illa pertinet ad alios duos legatarios, qui eam ab hærede vindicabunt: Et de hac parte legati dabitur jus accrescendi inter eos legatarios extraneos: Unde si unus eorum suam partem repudiaverit, ad alterum legatarium jure accrescendi illa deveniet: Et in hoc legato nihil per jus accrescendi acquiritur hæredi, quia in illa dimidia parte non potuit haberi pro legatario. Quid verò dicendum erit, si ambo legatarij extranei repudiaverint illam dimidiam partem? Tunc illa apud hæredem remanebit, non jure accrescendi, aut nomine legati, sed nomine, & jure hæreditario: l. plane 34. §. si duobus 11. dict. l. legatum 116. Ratio est, nam hæres in ea parte legati prior legatarius fuit, quasi dominus hæreditatis, quæ est omnium legatariorum primum legatum: Et ita cum posteriori legatario concurrere nequit, sed ut prior nomine legati majoris præferatur: dict. l. legatum in princ. l. Titius 96. ff. de legat. 3. & cum omnis legatarius posterior accipere videatur ab hærede primo legatario, & supremo; l. 1. §. item hæres 7. ff. quando de pecul. act. annal. est, dum ei hæres nondum dedit, id jure hæreditario retinet, ut contingit in hac dimidia parte fundi. postquam eam repudiaverint ambo extranei legatarij facit, l. 1. §. ultim. & l. idem est 6. §. 1. ff. de usufr. accrescend. quæ leges sic interpretandæ sunt.

9 In consequentiam eorum, quæ dicta sunt, se offert alia quæstio; videlicet quid erit dicendum, si utrique hæredi cum duobus legatariis extraneis fundus legatus sit? Sed respondendum esse videtur extraneos legatoris cum singulis hæredibus concurrere in eo tantum legato, quod substitit; id est, in eo quod cuique à cohærede suo relictum sit; non autem in eo, quod sibi relictum fuit à se ipso: In eo enim, quod cuique relictum fuit à se ipso, soli extranei concurrere possunt, quibus solis valuit legatum: Et id prius de legato deducendum est, & applicandum legatariis extraneis, circa quod vide quæ dicemus infra numero 10. & præcipue numero 11. Itaque si quis eorum repudiaverit suum sextantem, nihil de eo accrescit alteri cohæredi, à quo relictum est, sed extraneis collegatariis tantum jure accrescendi pertinet: Unde fiet, ut singuli eorum singulos quadrantem totius fundi ad eo legato vindicaturi sint. Si verò alter extraneorum repudiaverit suum sextantem, alteri extraneo accrescit unus sextans, & al-

ter sextans accrescet utrique cohæredi; id est, unicuique eorum una uncia; ita, ut qui antea habebant tantum sextantes, incipiant exinde quadrantem habere.

Hæc à proposito: dict. l. si quis Attio, aliena esse videntur, nam ex dictis hæc ponenda est species, Attio, & hæredibus ipsius testatoris legatum fuisse fundum: Itaque primum habebit Attius à singulis hæredibus totam partem, quæ à se ipsis inutiliter relicta est: Deinde cum unoquoque hærede concursurus est in ea parte, quæ cuique à cohærede relicta fuit: Sed hæc distributio legati non convenit cum ea, quam Paulus facit in dict. l. si quis, ubi universis hæredibus unam tantum partem tribuit: Ergo omnia, quæ hucusque diximus distributio facta per Paulum evertit. Hæc difficultas raro apud interpretes pertractata invenitur; tamen hæc una est, quam maximopere Jurisconsultus decidere studet in hac lege, quæ quidem sic explicanda est.

Aliud est hæredibus nominatim legare, putat, Lucio, Titio hæredi meo: Aliud universis hæredibus innominatim; ut puta, hæredi, vel hæredibus meis. Quando singulis hæredibus, vel nominatim hæredi, vel hæredibus legatum est; conjunctim cum aliis extraneis legatariis; hi omnes concursu partes æquales auferunt: Sed hæredes auferunt id tantum, quod hæredi, vel hæredibus utiliter relictum est; id est, relictum à cohæredibus; in eo enim tantum concurrunt cum legatariis extraneis, ut diximus supra. Et ita in priori quæstione, in qua posuimus numero 8. ei, qui ex dimidia parte hæres institutus erat, & duobus extraneis legatariis legatum fuisse fundum: Is hæres solo nomine hæredis nudo non potuit designari, & distingui ita, ut distinctus ab alio hærede, & specialiter designatus in eo legato judicaretur: Nam nomen hæredis sine nomine personarum, quod utrique hæredum convenit equaliter, magis eos confundit, quam distinguit; sed proprio nomine, vel saltem apposita demonstratione infallibile; quæ solum ei, quem nominare volumus, convenire potuit; rectissime distinguuntur: Sic Ulpianus in dict. l. plane 34. §. si duobus 11. de legat. 2. ait: Si duobus sit legatum, quorum alter institutus sit; duobus, id est singulis, seu nominatim, ut in regula juris accrescendi docuimus super. lib. cap. 12. alioquin non haberes, utrum ex duobus legatariis hæredem institutum intelligeres. Sic Jurisconsultus Florentius in dict. l. legatum 116. §. 1. de legat. 1. si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia hæres institutus est, in his verbis nihil continetur nisi demonstratio, quæ unum hæredem præter ceteros demonstrat. Sic etiam Cujac. in l. servus uni 67. §. 1. ff. de legat. 1. si ex pluribus hæredibus, inquit, Ex disparibus partibus institutus duobus eadem res legata sit, hæres non pro hæreditaria, sed pro virili id legatum habere debent, l. utrum 7. §. 1. ff. de reb. dub. facit etiam quod ait Ulpianus in l. ait prætor 5. §. 1. ff. de re judicat. ibi: Si judex aliquem se condemnaverit, ut quod habet ex testamento, vel codicillis Mevi, restitueret Titio, sic accipiendum est; quasi quantitatem nominavit, quæ testamento, vel codicillis relicta est, facit text. in l. qui pecuniam 22. cum suis §. ff. de stat. liber. l. qui complures 32. ff. de vulgar. & pupillar. substitut. Eodem modo hæredes cum legatariis, ut extranei sunt, quando non hæreditario, aut communi nomine conjunguntur, sed nomine proprio cujusque hæredis, vel demonstratione, quæ ei soli potest convenire; & tunc singulis cum singulis extraneis concurrunt in parte legata à cohærede, sicut concurrerent, si omnes extranei

extranei essent, & specialiter nominarentur: Et de hac conventionem non agit Paulus in d. l. si quis Attio 7. ff. de usufr. accresce.

11 Si verò non fuerit nominatum legatum datum huic, vel illi hæredi, vel (ut apertius dicam) si non fuerit legatum singulis, sed universis, ut in dict. l. 7. Attio, & hæredibus suis, non concurrunt cum extraneis legatariis singuli hæredes ut singuli, sed ut universi; ita, ut omnes heredes pro uno accipiantur, & unam tantum partem universi accipiant, quia tunc non sunt conjuncti, sed uni: Quæ quidem pars potest pro partibus hæreditariis inter eos dividitur perinde, ac si non hæredibus ipsis sed hæreditati legatum relictum fuisset: l. civibus 2. ff. de rebus dub. l. cupia 54. §. ultim. dict. l. servi uni 67. §. 1. l. si hæredes 124. ff. de legat. 1. l. annua §. 1. ff. de annuis legat. Unde fiet, ut si quis cohæredum, qui copulative veniunt ad dimidiam legati, suam partem repudiaverit, illa ad cæteros legatarios extraneos non pertineat, sed ad reliquos cohæredes; non jure accrescendi, sed uno, & communi jure universalitatis: Quod jus in unoquoque legatario, qui legatum admittit, servari potest, & retineri: l. sicut 7. §. ultim. ff. quod cuiusque universi. nomin. ibi: Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse cum convenire, & conveniri: Cum jus omnium in unum reciderit, & sit nomen universalitatis, l. utrum 7. l. cognatis 19. l. qui quartam 15. §. ultim. ff. de legat. 1. ut abundè docuimus supra lib. 1. cap. 12. numer. 22. & seq. quod & inter liberos observatur. Hæc tamen observatione dignum est, quare in dict. l. si quis 7. non deducatur prius de legato id, quod inutiliter ab hæredibus legatum sit, atrequam dimidia eis applicetur: Sed responderi debet, eleganter contrarium statui, quia hæredibus nomine ipso hæredum; id est, ut universis legatum relictum fuit; & idè dividitur pro portionibus hæreditariis. Neque ex eo sequitur, quod videatur unquam à se ipso legari; quia universi, quibus legatum est, non sunt singuli, qui hæredes instituti sunt: Et quia illa universitas, licet à singulis hæredibus collectivè sumptis, constituta sit, tamen est quid distinctum ab hæredibus ipsis; ideo ei potuit legari à quocumque hærede, quia non videtur hæredibus datum legatum, sed universitati hæredum, ut docuimus ex dict. l. civibus 2. ff. de rebus dub. Et ea ratione dimidia pars applicatur hæredibus nihil prius deducto ex parte hæredum, Ergo parum aptè Antonius Faber in rational. ad dict. leg. si quis Attio, ut supradictam difficultatem effugiat, facit distinctionem inter usufructum formalem, & causalem: Elegantiore enim modo eam relinquimus dissolutam.

12 Sed obstabit, si quis dicat, idem esse universis hæredibus legari ab universis, atque hæredibus legari à se ipsis: Sed legatum à se ipsis relictum non valet, dict. l. in quartam 9. ff. ad leg. Falcid. dict. l. 16. §. 1. ff. de legat. 1. Ergo neque poterit valere legatum universi relictum ab universis. Sed respondendum est proficendo majorem hæc sola differentia observata, quod universis hæredibus collectivè sumptis ab universis legatur, id tamen non expressum est, cui à quo relictum est, sed tacitè solum intelligitur; & ideo non nocet a se ipsis legatum videri, quia non expressa non nocent, l. nunquam 52. ff. de condit. & demonstrat. Amplius fateri necesse est, quod foret nullum legatum, quod universis hæredibus ab universis datum est quasi à se ipsis relictum, si extranei legatarii cum universis non essent conjuncti: Si enim soli hæredes sine extraneis legatarii essent, ad quid boni esset nomen legati, & legatarii in hærede, cui nomen ipsum hæredis per se ad omnia suffi-

cit: l. si ita quis 7. ff. de hered. institut. Sed quando alij legatarii extranei conjunguntur, eorum ratione ab hæreditate legatum separatum est, & idè in hæredibus quoque legatum illud utile est; adè, ut de eo legato, quod & sine hæredibus valeret, partem suam extraneis collegatariis, & ipsi hæredes nomine collegatariorum capere possint; & tunc extraneorum causa hæredibus etiam communicatur, sicut contingit inter legatarios, alterum proprietatis, & alterum usus fructus, in l. idem Neratius 3. §. non solum 2. ff. de usufruct. accresce. quod etiam passim in aliis juris civilis partibus reperitur, l. hoc quoque 23. §. 1. ff. de servit. urb. prædior. l. si communem 10. ff. quemadmodum servit. amittat. l. non tantum 20. ff. de re judicat. l. cum hæres 35. ff. de acquirend. hæred. l. si duobus 37. ff. de pecul. l. si is, qui 29. ff. de liberat. legat. l. quod si uno. §. ultim. ff. de in diem adject. l. non potuit 8. §. si ex hæredat. §. 4. in adoptionem 13. §. ut autem 14. & §. non est novum ultim. l. si post. mortem 10. §. 1. & ultim. cum l. seq. ff. de bonorum poss. contra tabul. l. hæreditatem 2. l. quævis 4. Cod. de impuber. & aliis substitut. l. ultim. C. de fruct. & lit. expens. juncta l. in sacris 12. §. ultim. O. de prox. sac. scrip. Denique sicut singulis hæredibus legatum valet pro partibus cæterorum cohæredum, quia alioquin id singuli hæredes non essent habituri: Ita hoc legatum unum versis hæredibus relictum conjunctim cum aliis collegatariis extraneis, pro eorum collegatariorum partibus valet, quia alioquin id universi hæredes habituri non essent. Itaque cum extraneorum aliquis superest, qui partem suam non repudiet, cui cæteræ omnes partes accretere possunt; etiam hæredes possunt suas partes repudiare: Si verò omnes extranei repudient, necesse est totum ad hæredes pro hæreditariis portionibus redire; non jure accrescendi, quia illud irritum legato etiam finitum est; sed jure hæreditario. Et sic rectè manet explicatus, Ulpianus in dict. l. si quis Attio 7. ff. de usufruct. accresce. cujus verbis omnia, quæ diximus conveniunt; verba ejus sunt hæc: Si quis Attio, & hæredibus suis usufructum legaverit: Dimidiam Attius, dimidiam hæredes habebunt: Quod si ita scriptum sit, Attio, & Scio cum hæredibus meis, tres partes sunt: Ut unam habeant heredes, alteram Attius, tertiam Scius. Neque enim interest, ita legetur, illi, & illi cum Mævio; an ita, illi, & illi, & Mævio.

Hæc certa sunt, & ad legatum usufructus pertinentia; quia in hoc convenit etiam cum legato proprietatis, & cum eo commune est: Sed tamen legatum usufructus aliquid speciale habet in jure accrescendi, quod non conveniat legato proprietatis; illud est, quod idem Ulpianus tradit in dict. l. 1. inter d. 3. versis. sed in usufructu ff. de usufruct. accresce. ibi: Sed in usufructu plus est, quia & constituitur, & potest amissus, nihilominus jus accrescendi admittit, verbi gratia, si duobus legatum sit usufructus totius fundi, & adita hæreditate; qua aditione fit, ut de eo legato dimidia pars singulis legatariis acquiratur: Tunc si alter eorum repudiaverit partem, alteri pars repudiantis accrescet, ut in proprietate; sed (quod amplius est proprium legati usufructus est: Idque est, quod non solum quando acquisitum tantum legatum usufructus est, quod acquiritur sicut legatum proprietatis: l. legatum 80. ff. de legat. 2. sed etiam quando admissum est legatum usufructus per unumque legatarium, si eorum alter amittat, ejus pars alteri accrescat adè, ut rei perpetuæ, veluti fundi, vel ædium tandiu sit usufructus jus accrescendi, quoad aliquis conjunctorum, qui partem acquirere, neque repudiaverit, superstes, & civis Roma-

13

115

nus sit. Idem apud Paulum reperitur, lib. 2. sent. 2. 6. sent. cum conjunctim. quam sententiam probat Ulpianus, primò autoritate aliorum Consultorum ibi: Omnes enim Authores apud Plautium de hoc consenserunt, illi sunt Javolenus, Pomponius, Paulus, & Neratius; Deinde rationem tradit ex Celso, & Javoleno, quæ usufructus quocumque constituitur, & legatur. Et hæc diligenter observanda sunt ad perfectam intelligentiam eorum, quæ in hoc cap. scripsimus, & ad rectam interpretationem, dict. l. si quis 7. de usufruct. accresce. & dict. l. legatum 116. §. 1. de legat. 1. quæ non improbabilius videtur illa, quam tradit D. Simon. de Villalob. in paradox. civil. philosopha periphrasit 13.

CAPUT XII.

Interpretatur Textus in l. si mulieri 8. ff. de usufruct. accrescend.

SUMMARIUM.

- 1 Prima pars hujus legis usque ad versicul. nam & Julianus, explicatur ex dict. in cap. super. Cætera illius legis subtilissima esse dicitur. Ex eo, quod decisum sit, quod majus est, plerumque decidunt Consulti, quod minus est. Explicatur l. 16. §. 1. in fin ff. qui testam. facere poss. In d. l. Consultus universaliter respondit de legatis, & fideicommissis. Argumentum de majori ad minus validum esse ostenditur. Inter modos acquirendi domini præcipuus olim erat acquisitio per legem.
- 2 In dict. l. si mulieri de usufruct. accrescend. per argumentum à majori deciditur questio. An si legatur mulieri cum liberis suis, detur inter eos jus accrescendi? Legatarii cum hæredibus non concurrunt. Species ad declarandam questionem præsuppositam proponitur.
- 3 An species posita repugnet, nè filij possint esse legatarii? An hæc verba, usufructum tertiar bonorum meorum matri do, lego, ita, ut liberos secum habeat fruente, in liberis legatum faciant? Legatum relinqui nisi directè non potest. An ex supradictis verbis jure Digestorum potuisset competere petio filijs contra matrem? An illa verba sufficientia sint ad faciendum fideicommissum? An illa verba præter conditionem, aliquid aliud operentur? Libertas verbis modalibus data, an valere possit?
- 4 Laudatur valde Julianus in decisione, d. l. si mulieri. An Julianus sua decisione aliquid de rigore juris accrescendi derivaverit? Quæ sit questio posita à Juliano demonstratur.

Inter hæredes simpliciter; quibus non datur prælegatum, & legatarios non datur jus accrescendi.

Quare inter filios, & matrem in dicta specie detur jus accrescendi?

An per illa verba: Ita ut liberos secum habeat fruente, repetatur legatum usufructus in filiis?

Pacta incontinenti adjecta in sunt stipulationibus.

De pactis istis ad decisionem, d. l. si mulieri, argumentatur.

Legatum non strictam formam habet, ac stipulatio.

5 Quare inter omnes legatarios non sit facienda interpretatio hæc à Juliano tradita, sed solum inter filios?

Propter necessitudinem multa specialiter contra jus strictum statuntur.

Explicatur textus in l. 53. §. 1. Digest. de leg. 1

Antonij Fabri lapsus notatur circa explanationem, dict. l. si mulieri versic. nam & Julianus.

Explicatur l. 81. ff. de cond. & demonstrat. l. 176. §. 1. de regul. jur. l. penultim. de legat. præst. l. 6. de servit. legat. l. 41. §. 2. de legat. 3. l. 120. §. 1. de verbor. significat. l. 1. §. 1. ff. quibus ex caus. in possess. ear. l. ult. C. de suspect. tutor. l. 10. C. de legat. 1. §. 8. ff. de fideicomma. libertat.

6 Explicatur in dict. l. si mulieri versicul. sed & Pomponius querit, ejusque ratio redditur.

Quæ species adaptanda sit dict. versic. ostenditur.

Adducitur elegans exemplum ad l. 80. de regul. jur. & illa explicatur.

7 Explicatur etiam vers. & per contrarium, d. l. si mulieri.

Quod deciditur in d. vers. majorem dubitationem habet, quam superius scripta.

In conjunctionibus nullus scriptura ordo observatur.

Cujacium parum subtiliter fuisse in explicatione d. l. si mulieri ostenditur

Prima pars dict. l. si mulieri, apertam, & elegantem explicationem sumit ex his, quæ diximus ad interpretationem: l. si quis Attio cap. super. nam eodem modo hæc explicanda est usque ad versic. nam & Julianus, ac explicata fuit illa. Cætera verò quæ sequuntur in dict. l. si mulieri, subtilissima sunt, & digna ut totis ingenij viribus ea pertractare studeamus. Nam & Julianus lib. 30. Digestorum ait, idem intelligendum in eo, qui solos liberos hæredes scripserit, licet non ut legatarios eos nominaverit, sed ut ostenderet magis velle se, matrem ita frui, ut liberos secum habeat fruente. Quæ in principio legis scripta sunt, nempe quod si matri cum liberis suis legatus fuerit usufructus mortuis liberis mater habeat usufructum; idem dicendum esse, si mater moriatur, liberos ejus jure accrescendi habituros esse usufructum, probat Ulpianus ex eo, quod circa eandem rem amplius dixisset Julianus. Sic plerumque Jurisconsulti probant id quod minus est ex eo, quod in eodem genere inveniant decisum, quod majus est: l. necnon 28. §. ultim. ff. ex quib. cau. majores, l. si habitatio 10 §. ultim. cum l. seq. ff. de usu, & habitat. l. apud Celsum 4. §. si quis pupillo 4. ff. de dol. mal. & metus excepti. l. 1. §. si au-

115

tem 4. ff. de Superficiis. Et hoc genere excellit Jurisconsulti Pomponij locus, in filiisfamilias 16. §. 1. in fin. ff. qui testam. facer. poss. ubi in verbis ultimis ait: Nam etiam in compositibus mentis personales actiones etiam ignorantibus acquiruntur. In his enim verbis argumentum ponitur ad probandum quod minus est ex eo, quod supponit quod majus est: Nam illa verba sive de legato vindicationis accipiuntur, sicut & tota nota Mareclii ad Pomponium; non probatur ex eo, quod rei legata dominium non acquiratur legatario statim à morte testatoris: Sed melius est Pomponium accipere ibi, & credi absque dubio; delegatis, & fideicommissis in universum decrevisse, ut omnes actiones complectantur; deinde in fine loquuntur fuisse tantum de personalibus actionibus, sive ex legato per damnationem, sive ex fideicommissis specialiter probare; quasi minus notum esset, illas ignorantibus acquiri: Ex ea fortè ratione, quod nemo ignorans, rectè contrahit per se: Id verò certè efficit, non quominus, sed quo magis dominium ignoranti legatario acquiratur, & non sola actio personalis. Quam legem, & Olwald. lib. 8. comment. Donell. sic explicat, in versiculo nam etiam, inquit, Argumentationem à minus vero simili, ad magis hujusmodi: Si aliquo casu personalis actio potest acquiri ignorantibus, etiam compositibus mentis, quod minus probabile videtur ex eo, quod illa oriatur ex negotio gesto; magis, & facilius (infertur ibi tacitè) poterit acquiri ignorantibus, & sic etiam infanti, ac furioso dominium rei legata acquiri; quia inter modos acquirendi dominij jam olim unus, & præcipuus fuit, qui sit per legem, Ulpian. in fragm. tit. 19. §. 1. & 17.

2. Eodem modo in dict. l. si mulieri ff. de usufruct. accresce. si mulieri cum liberis suis usufructus legetur, ait Ulpianus, inter eos expressè constat jus accrescendi esse, in eo vero casu, quo mater legataria est, & ejus liberis à testatore sunt hæredes scripti inter eos non constat expressè, neque tacitè regulariter intelligi potest, posse dari jus accrescendi; quia legatarij cum hæredibus non concurrunt, ut diximus fuscè, cap. super neque concursu partes faciunt: Et in hac specie manifestè apparet ex verbo *solos* filios hæredes institutos non fuisse legatarios, sed matrem solum legatariam fuisse: Idem ipsum denotant verba sequentia, Licet non legatarios eos nominaverit. In l. si quis Attio 7. ff. de usufruct. accresce. Ostendimus quidem, quod si quis Attio, & Scio, & hæredibus suis usufructum legaverit, legatum hæredibus consistere, & eis dari jus accrescendi cum Attio, & Scio; per ea, quæ abundè scripsimus, in d. cap. super. Sed in hoc loco nempe in dict. l. si mulieri, Ulpianus plus ausus est affirmare ex Juliano, quod licet non ut legatarios eos nominaverit, sed ut ostenderet magis velle se, matrem ita frui, ut liberis secum habeat fruente, debere dari inter filios, & matrem jus accrescendi: Exempli gratia, sic dixit testator: *Primus, & secundus hæredes sumo omnium bonorum, meorum, usufructum tertie eorum matri do, lego ita, ut cum liberis ipsis suis utatur fruatur.* Hoc modo non legavit nominatim usufructum etiam primo, & secundo hæredibus institutis, quibus necesse erat expressè legari ex eo, quod erant hæredes instituti, quia hæredis institutio facit, ut hæres non sit legatarius, si expressè ei non legaverit testator, ut cognoscitur facillè ex his, quæ dixi, cap. super.

3. Certè species ipsa repugnat, ut filij possunt esse legatarii, nam hoc modo legatum relictum fuit: *Primus, & secundus matri usufructum tertie bonorum meorum do, lego ita, ut liberis secum habeat fruente;* In

liberis hæc verba legatum facere non possunt, quia non sunt directa; & legati natura talis est, ut nisi directè relinqui non possit, Ulp. in fragm. tit. 24. in prin. Caius lib. 2. institut. tit. 2. §. per vindicationem 2. Et ex his jure Pandectarum nulla actio potest oriri filiis qua possent agere contra matrem: Illa enim verba adde inefficacia sunt ad faciendum legatum, ut neque sufficientem vim habeant ad constituendum fideicommissum, quia modalia sunt; & ex verbis modalibus, quæ modum tantum faciebant legato ante constitutionem Imperatoris Gordiani, quæ extat, in l. ex his verbis 2. C. de his, quæ sub mod. legat. vel fideicommiss. relinquit. nulla actio, vel persequutio ad petendum legatum, vel fideicommissum oribatur, quia illa verba nihil aliud, quàm conditionem fecerunt, l. 1. Cod. eodem tit. l. Lucius Titus 88. §. qui quis 3. ff. de legat. 2. l. si tibi 19. ff. de legat. 3. l. Titio centum 71. §. 1. l. libertis 108. Digestis ac cond. & demonstrat. l. cum in testamento 48. ff. de fideicom. libertat. facit text. in l. si quis 8. ff. si quis omn. caus. testam. Cujac. ibi. 17. question. Papinian. in dict. l. Titio centum in pri. cip. & §. 1. & lib. 13. quas. in l. unum ex familia 67. §. penultim. ff. de legat. 2. & lib. 14. observat. cap. 25. Olwald. lib. 8. comment. Donell. cap. 17. liter. Q, si excipias libertatem verbis modalibus datam: dicit. l. ex his verbis 2. l. quæ sub conditione 8. & mortuo 7. ff. de cond. institut. l. libertas 17. §. hæc scriptura 2. ff. de manum. testam. Unde cum hæc verba: *Ita, ut liberis secum habeat fruente,* non fuerint satis efficacia ad efficiendum fideicommissum, multò minus efficacia erunt ad constituendum, aut dandum directè legatum. Neque opus erat legato in hac specie ad hoc, ut pertineret ad liberis usufructus, quem mater amiserit, quia usufructus ad filios rediret: erat, non jure legati, sed jure hæreditario, ut demonstravimus super cap. num. 12. Econtrà etiam, mortuis liberis, qui non sunt collegatarij cum matre, vel capite minutis, nullo modo eorum pars ad matrem pertinere poterit.

Hæ dubitationes primâ facie Julianum religionis violati juris rerum facere videntur, quia illius decisio ad juris regulam, & rationem adaptari non posse primo intuitu creditur; tamen si rectè consideratione ejus hac in re divinus spiritus penetratur, nihil non tam summo juris Authore dignum invenietur. Itaque ut illius mentem subtilissimam tenere valeamus, notandum est, Julianum nihil ita constituisse, ut de summo juris accrescendi rigore aliquid detraxisset: Nam jus accrescendi in suo stricto statu mirificè conservavit. Quapropter ejus quæstio non est, an filij solum hæredes instituti cum matre legataria concurrant, & inter eos, eamque detur jus accrescendi; Cognoscit enim contra juris subtilitatem esse, ut detur jus accrescendi simpliciter inter hæredes, quibus non fuit à testatore datum prælegatum, & inter legatarios, quibus testator legatum dederat. Sed quæstio Juliani est, an filij pro legatariis habendi sint, ut inter eos, & matrem promiscuum & æquale sit jus accrescendi ex his verbis: *Ita, ut liberis secum habeat fruente?* Et respondit, quod his verbis & si filij non nominentur per testatorem, ut legatarij, tamen pro legatariis eos habendos esse; quasi illa verba: *Ita, ut liberis secum habeat fruente,* insint illis prioribus verbis, quibus legatus fuerat matri usufructus; puta, *Omnium bonorum meorum usufructum Tertie eorum matri do, lego,* Et est præcedere videntur; ita ac si expressè dixisset, *Tertie cum primo, & secundo ejus liberis hæredibus meis usufructum do, lego.* Itaque per illa verba: *Ita, ut liberis secum habeat fruente,* quæ statim adhibita sunt post verba, quibus

quibus usufructus. legatus fuit, quibusque inesse videntur. repetitum etiam in liberis videatur legatum usufructus. Si enim in stipulationibus dicitur, pacta in continenti adjecta inesse stipulationi, textus in l. lecta 20. versic. dicebam ff. de rebus cred. l. petens 24. C. de pact. l. pacta conventa 72. ff. de contrah. empt. l. juris gentium 7. §. quoniam 3. ff. de pact. Quare & in hac leg. si mulieri, non dicemus ista verba; *Ita ut liberis secum habeat fruente,* quæ statim subsequuta, sunt etiam in esse legato usufructus, quia non minus legatum est strictæ formæ, quàm stipulatio, facit l. liberti 108. ff. de cond. & demens. & hoc inter filios solos interpretatus est elegantè Julianus.

5. Sed quæres, quare non est facienda inter omnes, sed solum inter liberis hæc interpretatio, quam Julianus nobis præstitit? Ratio in promptu est, quia inter extraneos deficit necessitudo, cui à Juliano tantum impensum est, ut propter eam statuerit id, quod aliter sua interpretatione constituere non auderet. Sic in stipulationibus dicitur post interpositum pactum repetitam esse intelligi stipulationem, l. 1. §. si quis simpliciter 3. in fin. ff. de P. O. ibi. Nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit; tunc enim alia stipulatio contracta esse intelligitur. Ita etiam repetitionem legati in nostra specie d. l. si quis mulieri, necessariam fuisse colligi potest, ex l. quid ergo 53. §. 1. ff. de legat. 1. Sed hanc repetitionem propter personarum necessitudinem Julianus, & Ulpianus remittunt, & statunt repetitione opus non esse, ubi adest necessitudo: Quomodo ergo sine verecundia nostra possumus hic aliter interpretari propter necessitudinem arctissimam, quæ residet inter matrem & filios: Si in hac specie, *Sibicus strationes reddiderit cum sua contubernali liber esto,* propter necessitudinem eandem, quæ est inter Stichum, & ejus contubernalem, omnino discedatur à natura conjunctionis, qua Stichus & ejus contubernalis testatoris verbis conjuncti esse videntur; & contubernalis purè manumissus intelligitur; quasi illa conjunctio non ad conjungendam conjunctionem, sed ad demonstrandam necessitudinem pertineat, ut Paulus loquitur, in l. ulius Paulus 81. ff. de cond. & demens. Quo in loco plus videtur constituere Paulus, quàm in d. l. si mulieri, Julianus; quia ibi contra id, quod per se significat conjunctio interpretatur; quid mirum, quod in hac lege usque ad legati repetitionem Julianus conjunctionem extendat? Et ea de causa Paulus, ut necessitudinis vim, & magnitudinem ostenderet in l. non singulis 176. §. 2. de regulis juris. Infinitam esse æstimationem libertatis, & necessitudinis docuit: Et ita sicut innumera in jure sunt contempto rigore juris propter libertatem, §. erat olim ultim. institut. de donat. Eodem modo propter necessitudinem singularia possunt admitti, ut contingit, in l. penultim. ff. de legat. præst. l. pater filij 6. ff. de servit. legat. l. uxorem 4. §. codicillis 2. ff. de legat. 2. l. liberorum 20. §. 1. ff. de V. S. l. hoc autem 5. §. non defendi 1. ff. quibus ex caus. in possess. ear. l. pietatis ultim. C. de suspect. tutor. l. cum alienam 10. C. de legat. l. 4. C. Theodos. tit. de donat. Paul. lib. 4. sentent. titul. 1. sent. filio. Et si tantum potuit dilecto testatoris circa alumnam, ut libertates, & fideicommissa ei præstentur ex testamento nullo, in l. in testamento 58. ff. de fideicom. libertat. Quid non faciet amor necessitudinis hic ad repetitionem legati interpretandam in his verbis: *Ita, ut liberis secum habeat fruente?* Propter necessitudinem enim quod datur, ut debitum naturæ solvitur, non ut officium munificentie, Laet, Hieronym. Oroz. de Apicib. Iur. Civ.

Firmian. divin. inst. l. 6. cap. 12. ibi: *Qui bonum facit, vel consanguineo, vel proximo, vel amico aut nullam, aut certe non magnam laudem meretur, quia facere debet: Sitque impius, ac destitabilis nisi fecerit id, quod ab eo & natura ipsa, & necessitudo exigit: Ac si faciat, non tam gloria assequenda quam reprehensionis vitande gratia facit.* Ex his colliges quàm superficialiter per hunc textum transgrediatur Ant Fab. in rational. ibi, & quàm misere lapsus est in explicando, vers. nam, & Julianus, cum prius affirmeret, filios non esse legatarios & postea hoc non obstante credat filijs dari jus accrescendi

In d. l. si mulieri, Ulpianus ex Pomponio prosequitur dicens: *Sed & Pomponius quærit quid si mixti fuerint liberi, & extranei hæredes: Et ait si eos legatarios esse intelligendos, quibus verbis demonstratur speciem hujus versè esse, quando non fuerunt hæredes instituti solum filij, sed etiam cum eis alios extraneos testator hæredes scripserit, & non matrem: A n ex eo, quod liberos non nominaverit legatarios, in hoc casu ideo minus legatarios esse intelligimus: Sed Pomponius ait, etiam tunc intelligendum esse, filios legatarios esse: Quare et d. liberi matris excludunt cohæredes extraneos, cum non sit novum, ut unius causa aliis communicetur, ut docuimus supra multis adductis legibus cap. super. num. 12. Sed ratio in promptu est, quia filiorum conjunctio cum matre ut specialior derogat hæredum extraneorum conjunctioni: Conjunctio filiorum cum matre propter necessitudinem est specialissimè à Juliano interpretata: Conjunctio verò filiorum cum hæredibus extraneis est generalis inter omnes hæredes: Itaque cum in hac ultima conjunctione deficiat ratio, quæ conjunctionem efficit in prima: Idem conjunctio hæredum ut generalis vincitur à conjunctione filiorum cum matre, ut specialiori; l. in toto 80. ff. de regul. jur. qua in lege hoc sibi Pomponius vult, in toto jure generi per speciem derogari, & potissimum haberi id quod ad speciem directum sit; id est, si plura sint eadem de re jura, utrum eorum specialibus, seu posterioribus sit, id non solum res, sed etiam nomine alteri derogare: Et id demùm propriè jus esse, alterum verò non pro jure, sed pro facto tantum, seu æquitate facere: l. servus 99. §. ultim. ff. de legat. 3. l. sanctio 40. ff. de penis.*

Sed non habet facilem rationem, quare Ulpianus 7. nolit in hoc vers. matrem etiam esse hæredem institutam; cum certum sit, quod etiam hæredibus possit legari, & quod legatum valeat à se invicem relictum; & tantum pro parte cujusque hæreditaria cuique hæredi non valeat, l. legatum 119. §. 1. ff. de legat. 1. in quartam 91. ff. ad leg. Falc. ut & fuscè diximus, super. cap. Sed respondetur, ideo legatariam fuisse, ut excluderetur legatum præceptionis, quasi parum, vel nihil faciat ad hoc propositum, quod est de jure accrescendi: Et ideo in tot. tit. de usufr. accresce. de illo genere legati debet abstineri: Et hoc facillè colligitur ex eo, quod sive universis heredibus legatum sit nullis legatariis extraneis adhibitis, nec legatum quidem valet, quod legetur cuique pro parte hæreditaria, id est sibi à se ipso, l. in ratione 20. §. cum lex Falcidia pen ff. ad leg. Falc. sive singulis, & nominatim legetur, quod ad jus accrescendi necesse est; valeat tantum apud quèmq; hæredem pro parte cohæredis; apud illum vero hæredem, apud quem legatum ab initio non valuit, quia hæredi à se ipso legatum est, ad eundem non poterit idem redire jure legati ab eo, apud quem legatum valuit: Et ideo mater non est hæres instituta, sed solum legataria.

E contrario, dicitur Ulpianus, quid statuen- dum sit, si liberis usufructus legatur ita, ut si- mul cum matre fruatur: verba ipsius sunt hæc, *Et per contrarium si voluerit, eos liberos simul cum matre frui: debere dici matrem legatariam esse intelligendam, & per omnia similem esse, & in hoc ca- su juris eventum.* In hac specie, sicut in superiori re- legatum fuit usufructus legatum liberis, ut cum matre fruatur; & non etiam matri nominatim datum fuit legatum; nihilominus propter conca- sam necessitudinis rationem, matrem legatariam in- telligendam esse ait, sicut superiori specie filios le- gatarios intelligendos esse decrevit; quia & hic est similis conjunctio matris cum liberis, ac fuit supra liberorum cum matre: quæ conjunctio coheret le- gato filiorum, apposita enim fuit in continenti verbis ipsi, quibus legatum relictum fuit liberis, Tamen in superiori casu minus dubium erat, ut fi- lio legatarii intelligerentur, quia ita id colligebatur ex legato matris, quod præcessit: in hoc vero causa dubitationis major erat: ubi colligitur legatum ma- tris, quod præcedit, ex legato filiorum, quod suble- quitur. Non videtur legatum matris colligi posse ex legato filiorum, nisi legatum filiorum præ- cedat, & prius sit: hæredibus non potest le- gari usufructus, neque alius quidquam, nisi sint & alii legatarii fructuarii priores, quorum rationi, & hæredibus legari possit, ut diximus cap. sup. num. 12. & ita hic legatum liberorum non potest prius esse, quia illud accessio est legati matris; & idem sine legato matris esse, & consistere non potest. Hæc difficultates faciebant, ne in hoc ca- su mater legataria esse posset; sed his satisfacere di- cendo, conjunctione ipsa orationis, quæ utrumque legatum datum est, ita conjungi legata, ut neutrum eorum sit prius, aut posterius; principale, aut ac- cesso: l. quidam 14. ff. de pecul. legat. quia, ut ibi ait Jurisconsultus Alphenus, *In conjunctionibus nullus ordo est: nec quidquam interest, utrum eorum primum diceretur, aut scriberetur §. si plures conditiones l. in- stit. de hered. instit.* Et ut Papinianus docet in his quæ juris aut voluntatis sunt, non attenditur ordo scripturæ, l. cum pater 77. §. fidei tua 12 ff. de legat. 2. l. neque enim 6. ff. de solut. l. si finita 15 §. si plures 11. ff. de damn. infect. §. ante heredis 34. instit. de legat. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 6. princ. 2. illat 14. & lib. 8. comest. c. 1. vel si prius est legatum liberorum quod posterius esse debet, id valet ut post legatum matris illicd repetitum, ut diximus hoc cap. num. 4. in fin. & num. seq. exemplo stipulationum sumpto ex d. l. 1. §. si quis simpliciter ff. de l. o. sio per omnia si- milis erit; & in hoc casu juris eventus, qui certe non similis futurus esset, si liberi ita hæredes scripti es- sent, ut cum matre uterentur fruatur, cum ex eo satis colligeretur, matrem esse legatariam, non esse liberos etiam legatarios vel (ut melius dicam) ne- què mater tunc intelligeretur legataria; quia non si- cut legatum ex conjunctione illicd facta ad lega- tum, intelligi potest propter similitudinem legati ad legatum; potest etiam ex conjunctione ad hæ- redis institutionem, quæ omnino diversa species est à legato. Itaque illa verba: *Prius, & secundus hæ- redes junto ita, ut cum matre tertia omnibus bonis utantur fruatur, jure panderarum neque institu- tionem hæredis faciunt in matre, vel legatum, aut fideicommissum, sed institutionem filiorum tan- tum sub conditione hac, si patiantur liberi matrem uti frui.* Neque aliud quidquam efficit junc necessitudo, ne temerè in institutionem hæ- redis idem faciamus, quod Julianus in legato fe-

cit. His cognosces, parum subtiliter, & verè hanc legem explicuisse Cujacium lib. 17. quest. Papin- ian. in l. si duobus 2 ff. quibus mod. usufruct. amit- tat.

CAPUT XIII.

In concordiam noviter reducuntur Africanus in l. cum quis 38. ff. de solu- tion. & Papinianus in l. Stichum 95. §. usufructum 6. ff. cod. tit.

SUMMARIUM.

- 1 Stipulationes inventa sunt ad hoc, ut unusquis- que acquirat sibi quod sua intere est. Quare alteri per alterum facta stipulatio inu- tilis sit? Explicatur l. 38. §. 17. de V. O. §. 20. in lit. de inutil. stipulat. Nemo obligatur ex contractu sine proprio ipsius consensu. Explicatur l. 73 §. ult. de regul. jur. & l. 26. §. 4. de pact. dotal. Exceptio nihil aliud est, quam actionis exclu- sio.
- 2 Pater filio, quem habet in potestate re dè stipu- latur, & de contra filius patri. L. 3. C. de inutil. stipulat. & §. 4. instit. eod. tit. explicatur. Pater & filius, una, eademque persona esse in- telliguntur. Servus domino, in cujus est potestate, stipulari potest.
- 3 Si stipulationi subjiciatur pœna, potest alteri per alterum stipulari. An tunc valeat stipulatio pœna sola, an etiam alia illa, cui pœna injungitur? Explicatur text. in dict. l. 38. §. 20. Digestis de V. O. Pluribus tutoribus datus administratio uni committi potest. Ceteri tutores non sunt nisi honorarij tuto- res, & quare sic appellantur. An ad honorarios tutores periculum tutela ma- le administrata pertineat? Explicatur text. in l. 3. Digestis de adm. tu- tor. In dict. l. 38. §. 20. explicatur exemplum quod de tutore adducitur. In eadem l. 38. conciliatur §. si quis insulam 21. cum §. 1. instit. de V. O.
- 5 Stipulatio, si mihi, aut Titio solverit, valet, & tunc Titius, solutioni adjicitur. Explicatur dict. §. 4. vers. plane institur. de inutil. stipulat. & l. 55. cum l. seq. §. 2. de V. O. Adjectus non potest, convenire promissorem: pro- missor potest solvere adjecto. Mandatum morte tam mandantis, quam man- datarij dissolvitur. Quare non transeat mandatum ad hæredes, ostenditur.

- An in genere adjentorum quidquam interfit, an filius, an extraneus adjectus sit? Explicatur l. 56. §. 2. de V. O. l. ult. §. ult. eod. tit. l. 59. de solut. Quomodo concipienda sit stipulatio, ut extra- neus adjectus dicatur? Explicatur l. 58. §. 19. l. 56. in princ. l. 110. de V. O. l. 79. de legat. 1. Illa stipulatio, mihi, aut Titio, dabis Titium ad- jectum facit, & num. super. An adjectus debeat manere in suo statu, ut re- lictus ei solvi possit? Verba l. 38. ff. de solu. referuntur, & explicantur. Adducitur Seneca locus ad probandum quod deciditur in dict. l. 38.
- 7 Superiori legi, & rationi valde obstat l. 95. §. 6. ff. de solution. Eius verba referuntur, & difficultas eorum pon- deratur. Interpretatio Jeanis Borcholt. dict. II. concilianda referuntur.
- 8 Illa interpretatio non admittitur, & ratione re- futatur. Donelli interpretatio quoad stipulationem pro- prietatis probatur, & num. seq.
- 9 Dict. l. 38. de solution. loquitur de proprietate de- ducta in stipulationem. An quando stipulatur usufructus, diversum debeat observari? In proprietatis, & usufructus promissione ratio elegans traditur. Explicatur l. 1. §. 3 ff. de usufr. accresc. ejusque verba referuntur, & num. 10. Quare in dictis verbis dicitur, simul quotidie constitui, & quotidie legari? Legatum legati, & servitus servituti dari non potest. Explicatur l. 3. l. 25. §. ult. de usufr. & §. 1. in- tit. eod. tit. §. ult. instit. de servit. Nulla differentia est inter servitutes reales, & usufructum quoad modum consti- tuendi. Legato damnationis alio tantum acquiritur legatario ad constituendum usufructum. In legato vindicationis ipso jure constituitur usufructus. Explicatur noviter l. 95. §. usufructum 6. ff. de solution.
10. Dicta interpretatio probatur ex textus verbis, quia & sic stipulari, &c. Proprietatis causa perpetua est, & non nisi se- mel vindicatur, aut legatur. Ponderantur in d. l. 1 §. 3. de usufr. accresc. ver- ba, non proprietatis, &c. Conciliatio d. l. 38. & l. 95. §. 6. de solution. se- lectissime perficitur.
11. Explicatur agitur de d. l. 1. §. 3. ff. de usufr. ac- crescend. An stipulatio usufructus, quæ una est, & lega- tum usufructus, quod unum est, videatur re- digi ad plura legata? Sententia vera est, neque stipulationem, ne- que legatum hujusmodi multiplicari. Hoc tamen diversum est, si à testatore, vel contrahentibus expresse multiplicen- tur. Adducuntur l. 1. §. 1. l. 10. & duæ seqq. ff. quando dies legat. cedat. l. 3. l. 5. quib. mod. usufruct. amittat. l. 4. l. 11. de Hieron. Oroz, de Apicib. Iur. Civil.

- ann. legat. l. unica quand. dies usufr. le- gat. ced.
- Superioribus legibus obstat ratio d. l. 1. §. 3. do usufr. accresc.
- Usufructus magis ex factenda consistit, quæ servitutes prædiorum.
- Servitutes prædiorum neque in bonis, neque ex- tra bona nostra esse dicitur.
- Servitutes prædiorum sunt ipsa prædia qualiter se habentia.
- Quare de servitutibus prædiorum non pos- sit dici, quod quotidie constituantur, & le- gentur?
- Prædia ipsa ad tempus, vel conditionem dari, vel deberi non possunt.
- Quare in §. 9. instit. de hered. instit. hæres ad tempus, vel conditionem institui non posse dicitur.
- Hæres apud veteres pro domino accipieba- tur.
- Quare dicitur, in l. 7. §. pen. de minor. here- dem, qui semel est hæres, nunquam de si nere esse hæredem?
- 12 Usufructus vel in bonis, vel extra bona usufru- ctuari est.
- Usufructus persone ipsius usufructuarii co- hæret.
- Quomodo accipiendus sit text. in l. unica, ff. quando dies usufructus leg. ced. & n. seq.
- Quare in dict. l. unica ponatur verbum quam- quam.
- Passim in jure dicitur usufructum quotidie constitui, & legari: partem domus esse: & in faciendis consistere.
- Plurimi textus, in quibus ea tam diversè lo- quantur, referuntur.
- Quomodo illa tam diversa inter se, concilianda sint, docetur.
- Explicatur obiter, & ab emendatione Antonij Fabri defenditur, l. 70. §. 2. ff. de fidejussor.
- Proceditur ulterius ad explicationem d. l. unicæ, ff. quand. dies usufruct. leg. ced.
- Quid significari velint prudentes, quando di- cunt, ex die legari posse usufructum.
- In legato usufructus dies certus non minus, quam incertus conditionem facit & quare?
- Bona fidei possessor, & dominus equiparantur, & præferuntur fructuario.
- 14 Legatum usufructus in factio magis, quam in ju- re consistere videtur.
- Legatum usufructus quatenus in factio est, non perimitur capitis diminutione.
- De his, quæ facti sunt, non initium, sed singula momenta inspicimus, & quare?
- Regulariter plures expresse legata, vel stipulata plura faciunt legata, vel stipulationes.
- 15 Adhuc ratio differentie traditur inter d. l. 1. §. 3. de usufr. accresc. & l. unicam quando dies usufr. legat. cedat.
- Quando rectè dicatur, usufructum in factio consistere, & non in jure, & contra.
- Legatum proprietatis, etsi purum sit, facti est usque ad mortem testatoris.
- Voluntas testatoris ambulatoria est usque ad mortem suam.
- Legatum conditionale facti est usque ad even- tum conditionis.
- An post mortem testatoris legatum purum ad- huc facti esse dici possit?

- An hac aequaliter propria sint tam legati proprietatis quam usufructus?
- 26 Cessio diei an legatum faciat juris, & quomodo id intelligatur?
- An legati acquisitio retrotrahatur ad mortem testatoris, an ad aditionem hereditatis tantum?
- An circa hanc quaestionem idem observandum sit in legato conditionali, ac in puro?
- Explicatur l. 33. de acquirend. rer. dom. l. 19. de manumiss. testam. l. 34. §. ult. de fideicom. libertat. l. 96. §. 1. ff. de cond. & demonstr.
- An conditio retrotrahatur in legatis ad tempus mortis testatoris?
- Legatum ita dominium rei legata legatarij facit, sicut hereditas res singulas.
- Post aditam hereditatem retro creditur dominia hereditariarum rerum heredis fuisse à morte est. testatoris.
- Cessio diei in legato puro ejus agnitionem ad se trahit.
- An legatum per cessionem diei confirmatum à l. 12. tab. adhuc facti esse possit?
- Quare in d. l. 1. §. 3. de usufr. accresc. dicatur proprietatem eo tempore, quo vindicatur, legari?
- Quare contractus post rem sequutam dicatur perfectus esse?
- Explicatur l. 8. de resc. vend. l. 57. de contrah. empt.
- In quo usufructus proprietatis similis sit?
- Proprietates inutiles forent, si semper separatas ab eis esset usufructus.
- A principio semel tantum cedis dies legati usufructus.
- Explicatur iterum dict. l. 95. §. 6. ff. de solution.
- 17 His qua num. 6. diximus, & l. 38. ff. de solution. obstat l. 56. §. 2. de V. O.
- Ejus species proponitur, & difficultas ponderatur unico syllogismo.
- Bartoli responsio communiter recepta, refutatur.
- 18 Joan. Borcholt. Bartoli interpretationem quomodo impugnet, docetur.
- Joan. Borcholt. conciliatio ad dict. II. refertur, & non admittitur.
- Ipsa falso credit suam conciliationem probari ex l. 95. §. 6. de solution.
- Idem ipsam interpretationem sumpsit à Cujacio.
- An illam bene teneatur Borcholt. judicio Lectoris Author relinquit examinandum.
- Unum solum Author redarguit ex Donello contra Borcholt.
- Filium emancipatum patri extraneum esse ostenditur.
- Antonius Faber inter Jurisconsultos diffensionem agnoscit in dict. II.
- 19 Solutio Osuvald. ad dict. II. non probatur.
- Adoptio olim quomodo constituebatur, itemque emancipatio, ostenditur.
- Venditiones, quibus fiebat emancipatio, olim verae erant.
- Verba l. 12. tab. circa has venditiones filiorum familiaris referuntur.
- Indignus videbatur pater, qui ter vendidit filium, ut cum amplius haberet in potestate.

- Illas veras venditiones Jurisconsulti in imaginarias converterunt.
- Explicatur l. 13. §. 1. in fin. de cap. minor. & l. 54. de oblig. & action.
- Explicatur l. 94. §. atcam vers. in perpetuum, ff. de solution.
- 20 Alciati cogitatio circa superiora adducitur, & admittitur.
- Ratio ipsius probatur ex l. eum qui 56. §. 2. de V. O.
- Post emancipationem inter patrem, & filium servatur nomen patris, & filij
- 21 Superiori Alciati rationi obstat quadam consideratio, eaque dissolvitur.
- Secundum naturam est, ut pater per filium acquirat.
- Explicatur l. 16. & l. 1. §. 1. in fin. ff. de furt.
- Per verum naturam impossibile est, ut quisquam agat secum ipso
- Ance dominiorum distinctionem homo homini furtum facere non potuit.

Cum stipulationes inventæ sint, & obligationes institutæ ad hoc, ut unusquisque ex alio acquirat sibi quod sua interest; & cum mea non interest, ut alij detur secundum ea, quæ rectè ratiocinatur Imperator Justinianus in §. alteri 19. *instit. de inutil. stipulat.* Idem alteri per alterum facta stipulatio, quasi inutilis reprobat, in dict. §. alteri, l. stipulatio ita 38. §. alteri 17. ff. de V. O. Nam sicut contingit, ut quando nos promittimus alium daturum, vel facturum, secundum naturam sit ne obligetur is, de quo obligando promissimus, §. si quis aliud 3. *instit. de inutil. stipulat.* Quia nemo obligatur ex contractu sine suo proprio consensu, l. 1. §. 1. ff. de pact. l. 1. §. qua exoranda 5. ff. quar rer. act. non det. Ita non possumus alium obligare, ut alij, quam nobis teneatur: quia ut Scævola ait, neque paciscendo, neque legem dicendo, neque stipulando quisquam alteri cavere potest, l. quo tutela 73. §. ult. ff. de regul. jur. text. in l. inter socerum 26. §. filia 4. ff. de pact. dotal. Cujac. *ibid.* lib. 4. *respons. Papin.* Joan. Borcholt. de V. O. cap. 4. in princ. Itaque si stipulatio inter te, & me, hoc modo concipiatur, *Promittis dare Sempronio decem*, stipulatio erit omninò invalida, & inutilis: Et idem si Sempronius eam quantitatem petierit agentem eum potest repellere hac allegatione, quod cum ipso nunquam contraxeris: ac per consequens nihil illi ex illo, quem allegat contractu debeas: quod enim debetur, vel ex contractu interposito debetur, vel ex quasi contractu, aut ex maleficio aut ex quasi maleficio, ut Justinianus tradit in §. *in instit. de obligat.* Diximus hac allegatione, quia nulla tibi competere potest exceptio ob eam causam, quod nulla contra te competat actio; nulla enim est præcedens obligatio, l. age 3. C. de transact. & exceptio nihil aliud est, quam actionis exclusio: l. exceptio 2. ff. de exception. l. qui ex liberis 11. §. ult. ff. de honor. pess. secund. tab. Ant. Fab. in *jurisp. Papin.* tit. 1. princ. 4. *illat.* 9. & lib. 8. *conject. cap. 2.* Osuvald. lib. 22. *comment.* Donell. cap. 1. lit. F. Cujac. lib. 2. *resp. Papin.* in l. alterius 20. §. 1. ubi est textus elegans ff. de tutel. & ratione distrab.

Hæc tamen regula generalis; nempe, quod alteri per alterum non possit rectè stipulari, plurimas habet exceptiones; & inter eas primò connumeranda est ea, quæ efficit, ut pater filio suo, quam habet in sua potestate, rectè stipuletur; & etiam è cõverso filius patri, d. l. ita stipulatio §. alteri; illi verò, cujus

ejus juri quis subjectus non est, aliquid dari, vel restitui nemò stipulari potest, l. ut inter. 3. C. de inutil. stipulat. Et idem Justinianus in §. si quis a §. 4. *instit.* eodem tit. Si quis alij, inquit, quam ei, cujus juri subjectus sit. Idem convenire contingit, quando filius patri stipulatur; quia patris vox, tantquam filij; & filij vox, tantquam patris esse intelligitur. d. §. si quis alij vers. ei vero, filius enim portio est corporis patris: l. cum scimus §. ult. C. de agricol. & cens. lib. 11. Aristot. in 5. *Ethicor.* 5. sic Dido de Ænea quaeritans ait,

Forfitan & gravidum Dido seclerate reliquit.
Parque tui latus corpore clausa meo.

Imò pater, & filius naturâ ipsa intelliguntur eadem persona esse: l. *in C. de impubr. & aliis substituit.* eleganter Paulus Castren. *conf.* 264. incipit, *In praesenti causa colum. 3. lib. 2.* Joan. Borcholt. *d. cap. 4. n. 3.* & seqq. Ant. Fab. in *jurisp. Pap.* tit. 8. princ. 6. in princ. & princ. 7. *illat.* 5. & seqq. Eodem modo, licet non eadem ratione (ut videre poteris supra lib. 1. cap. 5. num. 4. & seqq. passim) servus domino, in cujus potestate est, stipulari potest, l. dominus 39. ff. de verbor. obligat. Quia licet servus quoad jus civile attinet, pro nullo habeatur l. quod attinet 32. ff. de regul. jur. id tamen intelligendum est inspectâ ipsa personâ servi, non verò inspectâ personâ domini, à quo jus stipulandi accepit, *princip. instit. de stipulat. servor. l. & si maxime 5. ff. de servit. legat. l. debitor 82. §. ultim. ff. de legat. 2. not. tit. ff. de stipulat. servor.* Cujac. lib. 16. *ques. Papin.* in dict. l. est maxime, Anton. Fab. in *jurisp. papin.* tit. 3. princ. 3. ill. 3. quæ de re etiam videnda sunt quæ fasè scripsimus supra d. lib. 1. cap. 5.

3 Alteram etiam exceptionem regulæ, alteri, per alterum stipulari non posse tradit idem Ulpianus in dict. l. stipulatio 38. §. alteri 17. & Imperator Justinianus in dicto. *paraphrasi* alteri, scilicet quod possit sic valde stipulari, si quando stipulatur, stipulationi subjiciatur poena; illorum verba sunt hæc *Planè si velit hoc facere, poenam stipulari conveni; ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cujus nihil interest: Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid interest, sed que sit quantitas, quaque conditio stipulationis.* Hæc tamen, quæ in dictis verbis proponitur, non est exceptio, sed regulæ confirmatio: Nam si ita stipuletur, Titio dabis centum, & si non dederis illa, mihi dabis ducenta; stipulatio in poenâ, quam mihi stipulanti promissâ, obtinebit: Et altera prima, & inutilis stipulatio concepta in in personam Titij, conditio est stipulationi poenæ, ita ut si illa non adimpleatur, seu deficere contingat non datis Titio centum, pura reddatur stipulatio poenæ, ob quam convenire poterò promissorem. Ex hoc ergo deducitur, nullo modo alteri per alterum posse stipulari; cum etiam apposita poenâ illâ præcedens stipulatio illa non convalescat, Borcholt. *dict. loc. num. 19 & seqq.*

4 Tertia exceptio extat in dict. l. stipulatio 38. §. si stipulet alij 20. ff. de V. O. ibi: Si stipulet alij, cum mea interest; videamus, an stipulatione committatur? Et ait Marcellus, stipulationem valere: Idque Consultus hoc exemplo declarat. Tutor, qui tutelam pupilli administrare cæperat, cessit administrationem contutori suo. Hæc cessio administrationis sit jure pretendente, nam pluribus tutoribus datis, administratio uni committi potest: Et tunc ille solus, cui administratio commissa est, tutelam administrat; reliqui verò contutores non administrant, sed illi sunt honorarij tantum tutores: l. si plures 3. ff. de Hieron. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

administr. tutor. l. quod si forte 14. §. 1. ff. de solut. §. 1. instit. de fideicom. tutor. Et dicuntur honorarij ex eo, quod honoris causâ sunt dati: l. si quis tutor. 60. ff. de ritu nuptiar. Et ad hos etiam tuto es honorarios periculam tutela: malè administratæ pertinet; si tutor, cui administratio in loco omnium contutorum cessata est, malè rem pupilli administraverit: Et ob illius malam administrationem honorarij quoque tutores possunt conveniri: *dict. l. 3. de administr. tutor.* Tutor administrationem Tutelæ contutori suo cessit & ab eo stipulatus est rem pupilli salvam fore: Hic Tutor pupillo stipulatus est, atamen teneat stipulatio; hæc etiam non est exceptio, ut alia, quam superius attulimus; quia Tutoris interest, rectam esse administrationem Tutelæ: nam alioquin ipse teneatur ex mala contutoris administratione. Eandem decisionem habet sequens exemplum, quod de insula faciendâ ponitur, in §. si quis insulam 21. *dict. l. stipulatio.* Solum restat ibi sciri, quomodo accipiendâ sint verba, *Habere eum utilem ex locato actionem:* Quæ quidem dico non esse intelligenda de utili actione opposita directè; stipulatori enim directâ actio est stipulatu datur, §. *instit. de verbor. obligat.* sed de efficaci, ut interpretatur Faber in *rational. ad l. 2. ff. de astim. actio.* & Joann. Borcholt. *cap. supra adducto.*

Altera exceptio nostræ regulæ, & quæ ad propositum nostrum directè venit; est, quod possit quis sibi, & alij cuiquam stipulari; ut puta. *mibi, aut Titio centum dabis:* Et valet hæc stipulatio, §. si quis 4. *vers. planè solutio instit. de inutil. stipulat. l. cum quis sibi, aut Titio 55. l. cum qui stipulatur sequent. §. qui sibi, aut Titio 2. ff. de V. O.* Et tu qui promittis mihi aut Titio centum daturum, mihi soli, & non Titio obligaveris; Et ita ego solus poterò te actione ex stipulatu convenire: Titius verò ad condâ veniendum te nullam actionem habet: Tu verò si volueris Titio solvere, poteris: Et facta est solutio ab obligatione in eum contracta omninò liberatis In hac enim stipulatione, *mibi, aut Titio centum dabis,* Titius adjectus est, ut ei solvere possis; & solutus à te centum Titio, mihi adversus Titium actio mandati competit, videor enim Titio mandasse, ut pecuniam à te acciperet, *dict. vers. planè l. Julianus 13. §. 1. ff. de V. O.* & soli Titio rectè solvantur, illa centum, non etiam ejus successoribus, *dict. l. cum quis 55.* Ratio in promptu est. quia Titius videtur à me mandatum habuisse, ut ipse centum acciperet: Et mandatum teneat morte mandatis, ita quoque morte mandatarij solvitur, §. *item ad hoc 10. instit. mandati l. si quis alicui 17. §. morte 3. ff. mandati l. mandatum 15. C. eodem titul. l. & quia 6. ff. de jurisd.* Et quia in mandato certa hominis fides, & fidelitas exacta fuit: l. *mandatum 57. Digestis mandati l. nemo 35. Digestis pro socio,* cujusmodi fidelitas, & fides, simulque amicitia facti & personales sunt; idem ad hæredes non transeunt. In hoc genere adjectorum nihil interest, an is, qui adjicitur, sit extraneus, an filius familiaris: Neque quicquam facit dicere, quod qui filio suo dare stipulatur, sibi acquirat: Nam ut Ulpianus in l. *eum qui 56. §. qui sibi, aut Titio. 2. Dig. de verborum obligat.* Conjungendo pater suam personam in stipulatione efficit, ut non acquirendæ obligationis gratia sed solutionis causa personam filij comprehendisse intelligatur: Et ita filius, itémque Titius, qui solutionis causa adhibetur, adjectus à Jurisconsultis appellatur, l. *ultim. §. ult. ff. de V. O. l. is ita stipulans 19. ff. de solution.* Advertendum tamen est, multum interesse, quomodo concipiatur

tar stipulatio, ut dici possit adjectus ille, qui stipulationi adjectus: Nam si stipulatio ita concipiatur: *mibi, aut Titio dabis centum*, in hac stipulationis forma Titius sine dubio adjectus est: Si verò stipulatio contrahatur hoc modo, *mibi, & Titio dabis centum*, Titius non erit adjectus, quia id actum esse expressè constat, ut obligatio constituatur in me, & Titio; quæ impossibile est, ut in persona Titij subsistat, quia alteri per alterum non potest stipulari: Et idè in quinquaginta in mea per persona tantum consistit obligatio; quia mihi, & Titio eadem certum; non mihi centum, & Titio centum promississe videris, *dicitur l. stipulatio ista §. cum qui 19. dist. l. eum qui in princ. l. si mihi & Titio 11. ff. de V. O. l. si quis testamento 79. ff. de legat. 1.* Hæc omittendo plurima per superficiem percurramus, ut ad nostrarum legum interpretationem recto ordine perveniamus numero sequenti.

6 Jam pro certo statutum habemus in illa stipulatione, *mibi, aut Titio dabis centum*, Titium adjectum esse: Et licet ille cum adjectus sit, perire illa centum à debitore non possit; rectè tamen debitor Titio centum illa solvaturus est; aded, ut illa solutio verè liberetur: Solutio tamen hæc adjecto facta ita debitorem liberat, si Titius adjectus post interpositam stipulationem permanerit in eodem statu, quo erat, cum stipulatio interponeretur: Nam si status Titij post contractam stipulationem mutatus fuerit, eo nequaquam rectè solvetur: idque Africanus respondit, in *l. cum quis sibi, aut Titio 38. ff. de solut. in his verbis: Cum quis sibi, aut Titio dari stipulatus sit, magis est, ut ita demum rectè Titio solvi possit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: Ceterum sive Titius in adoptionem, sive in exilium jert, vel aqua, & igni interdictum, vel servus factus sit, non rectè ei solvi dicendum est; tacite enim inesse hæc conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat. Quibus aperte demonstratur adjecto, qui passus fuerit quamcúmque capitis diminutionem, non rectè solvi posse, Seneca 4. de benefico. 3. ait, Subest tacita exceptio, si potero, si debebo. Effice, ut idem status sit, cum exigitur, qui fuit, cum promitterem. Desistere levitas non erit, si aliquid intervenerit novi. Quid miraris? Cum conditio promittentis mutata sit, mutatum esse consilium? Eadem mihi omnia presta, & idem sum.*

7 Africani sententiæ, quam ex *dicitur l. cum quis sibi, aut Titio in super. numer.* reverimus valde obstat textus in *l. Stichum 95. §. usufructum 6. ff. eodem titul. de solution. ibi: Usufructum, inquit Papinianus, mihi, aut Titio dari stipulatus sum; Titio capite diminuto facultas solvendi Titio non intercidit; quia & sic stipulari possumus, mihi, aut Titio eum capite minus fuerit. Quibus verbis à Papiniano deciditur aperte, facultatem solvendi Titio adjecto per ejus capitis diminutionem non periri: Ergo etiam adjectus non permanerit in eodem statu, quo erat quando stipulatio intervenit, ei ut adjecto per debitorem rectè potest fieri solutio ejus quod stipulanti promissum erat. Ioann. Borcholt. dicto capite 5. numero 50 sic superiore difficultatem dissolvere intendit dicendo ex eo loco non rectè colligi adjecto posse solvi, si post interpositam stipulationem status ejus mutatus fuerit, quia Jurisconsultus ibi loquitur de adjecto, qui tempore stipulationis capite diminutus erat; & huic rectè solvi potest: Idque à Consulto ibi probari hoc modo docere conatur. Ita possum à te stipulari, *mibi, aut Titio, cum capite minus erit, dabis centum.* Et hæc stipulatio utilis est: Ergo utilis quoque est*

stipulatio, si stipuletur mihi aut Titio dari, quamvis Titius stipulationis tempore capite minus fuerit: Cum enim in eum casum, cum capite minus fuerit, Titius rectè adjectus; rectè etiam Titius adjectus in eo casu, quo capite minuetur: Et hanc solutionem tribuit Cajo in *dicitur l. cum quis sibi, aut Titio Digest. de solution. libro 29. questio. Papinian.*

Sed hæc solutio neque subtilis, neque vera est; resistunt enim ei verba Papiniani, nam ibi; ex eo quod possumus stipulari mihi, & Titio, cum capite diminutus fuerit; deducit Papinianus, quod si stipulatio sic fiat, *mibi, & Titio dabis centum*, & nulla facta fuerit mentio de capitis diminutione, nihilominus possit solvi Titio, etiam si post contractam stipulationem ille capite minus fuerit. Et idè Donellus, *lib. 16. comment. jur. civil. cap. 10. generaliter hoc statuens in omnibus rebus, videlicet quod debeat esse idem status Titij, quando ei solvitur, ac erat quando stipulatio contracta fuit: ex dicta lege si quis 38. in usufructu exceptionem ponit dicendo hæc breviter apud Osiwaldum; excipitur usufructus in l. 95. §. usufructum 6. ff. de solution. Ubi capitis mutatio solvendi potestatem non tollit: Primum quia stipulatoris nihil interest, quo tempore usufructus solvatur Titio, cum recipere ab eo nequeat: Secundo, quia promissoris interesse potest, ut liceat quovis tempore Titio potius solvere, si speret sic citius ad se revertentem usufructum: Et hoc modo componere tentat Donellus supra dictas leges *dicitur cap. 10. & in l. qui sic solvit 55. ff. de V. O. num. 7.**

Donelli interpretatio verissima est in eo scilicet, quod quando stipulatur mihi, aut Titio res ipsa, proprietatis, dominium rei; debet Titius in eodem statu manere tempore solutionis; ac erat in tempore illo, quo stipulatio intervenit: Nam aliàs si capite minuat, sive maxima, sive media, sive minima capitis diminutione, non rectè solvitur Titio id, quod in stipulatione comprehensum erat. Et de proprietate rei promissæ loquitur *d. l. cum quis 38. ff. de solut. ubi mutata conditione persona Titij, extinguitur in debitore potestas ei solvendi. Quando autem usufructus stipulatur, tunc etiam mutata conditione personæ per capitis diminutionem, non extinguatur facultas solvendi Titio adjecto, Ratio differentie elegans, & à paucissimis adhuc observata, hæc est; quia usufructus talis naturæ, & conditionis est, ut quotidie constituatur, & stipuletur; quemadmodum de legato usufructus dixerat Ulpianus in *l. 1. §. interdum 3. ff. de usufruct. accrescend.* Et quoad constitutionem usufructus jure cujuscúmque obligationis, & quoad productionem ipsius obligationis ad constituendum usufructum idem jus est in stipulationibus, ac in legatis, ut ex sequentibus apparebit. Itaque in dicto Paragrapho *interdum*, postquam Consultus explicuit ea quæ habet communia cum legato proprietatis legatum usufructus; hæc verba adhibuit: *Sed in usufructu hoc plus est, quia & constitutus, & postea amissus, nihilominus jus accrescendi admittit: Omnes enim Auctores apud Plantium de hoc consenserunt: & (ut Celsus, & Julianus eleganter aiunt) quotidie constituitur, & legatur, non ut proprietatis eo solo tempore, quo vindicatur. Quo in loco attendendum, & notandum est, Jurisconsultum non dicere solum, usufructum quotidie constitui, sed etiam adungere, quotidie legari: Neque hoc intelligi debere jure legari quotidie legari: Id enim idem esset, ac si diceret, legatum legari esse, & servitute**

tem servitutis, quod dari nequit, *l. 1. ff. de usufr. legat.* Dicitur jure legari, & jure stipulationis usufructum constitui posse in *l. omnium 3. l. sed est quid 25. §. ult. ff. de usufr. §. 1. versio. sine testam. instit. eod. tit. §. si quis velis ult. instit. de servit.* (Qui licet loquatur de servitutibus prædiorum, tamen ad usufructum constitutum rectè facit; quia in modo constituendi, servitutis realis, vel usufructus nulla differentia est, quia tam illa, quam hic constituitur per quasi traditionem.) Sed ita constituitur usufructus, ut hæres, seu promissor in stipulatione, ac legato compellatur ut dare usufructum, & non ipso jure constituatur, quod est proprium legati damnationis: nam in legato vindicationis ipso jure constituitur ita, ut non sit opus patientia hæredis: & illo legato nempe damnationis acquiritur actio ad constituendum usufructum, itaque cum quotidie videatur constitui usufructus, & etiam stipulari; inde est, quod mutata conditione adjecti, tunc stipulari usufructum credatur mihi, aut Titio considerato in eodem statu, quo est quando stipulatio fieri creditur; sed quando stipulatio fieri creditur, Titius invenitur capite minus: ergo rectè Titio capite minuto solvitur.

10 Hanc interpretationem probant verba finalia textus in *d. §. usufructum; quia & sic stipulari possumus mihi, aut Titio, cum capite minus fuerit, veluti si Consultus apertius dixerit: verum est, stipulationem sic factam, mihi & Titio, cum capite minus erit, utilem esse; cui capite minuto, solvi rectè poterit: verum etiam est, quod usufructus quotidie stipuletur; si tunc quando Titius capite minus est, stipuletur; capite minuto rectè solvitur, quia tunc quando stipulatur, capite minus invenitur. In proprietate promissæ diversum est, nam proprietatis habet esse perpetuum per se; itaque semel vindicata, non constituitur iterum illa res, ut vindicari possit; neque plus, quam semel legatur: quod aperte docet Ulpianus in *d. l. 1. interdum 3. ff. de usufr. accresc.* ibi: *Non ut proprietatis eo solo tempore, quo vindicatur; id est, deo tempore consistere, & plenum juris effectum habere; denique & consummata, ut de ea proprietate nihil amplius inquiri possit: ergo nihil mirum, ut in stipulatione de proprietate danda, mutata conditione adjecti, extinguatur facultas ei solvendi; in stipulatione verò usufructus, et si ejus status mutetur, illa facultas non intercidat: & hæc est selectissima conciliatio, l. cum quis mihi, aut Titio 38. cum l. Stichum 95. ff. usufructum 6. ff. de solution.**

11 Recte tamen adhuc inquirere in illa Ulpiani ratione *d. l. 1. §. interdum*, Ex quo sumptimus superiorum interpretationem, nempe, quod usufructus, quotidie constituatur, & legatur: & legatum usufructus, quod unum est, & usufructus stipulatio, quæ una est, videatur redigi ad plura legata, seu ad plures stipulationes, quasi quotidie legari novi, seu stipulationis novæ dies cedat? Sed respondendum est in usufructu legato, seu in stipulationem deducto nunquam intelligi multiplicatum legatum, nisi expressè reperatur à testatore, & à contrahentibus, *l. 1. §. 1. ff. quando dies usufructu legat. eod. l. sicut 3. l. repeti 3. ff. quib. mod. usufr. amittat. l. si in singulos 4. l. cum in annos 11. ff. de ann. legat. l. cum in annos 10. & duab. seqq. ff. quando dies legat. ced.* Et diem usufructus sine repetitione legari semel cedere constat, ex *l. unica in princ. dist. tit. ff. quando dies usufr. legat. ced.* Hoc verissimum est, sed posse inter se convenire videtur, quod usufructus quotidie constituatur, legatur, & stipuletur: & quod

ejus usufructus dies semel cedat: nam si quotidie constituatur, legatur, & stipuletur, quotidie debet ejus legari, & stipulationis dies cedere: & si ejus dies, non nisi semel cedit; non nisi semel constituitur, legatur, & stipulatur usufructus. Sed hujus rei rationem, in *d. l. unica*, verbis, *Quia usufructus ex fruendo consistit, id est factu aliquo ejus, qui fruatur, & utitur*, Ulpianus nobis dedit. Ita dicitur, quasi usufructus magis ex faciendo consistat, quam servitutes prædiorum: servitutes enim prædiorum dicuntur, neque in bonis nostris: neque extra bona nostra esse: *l. 1. ff. de usufr. legat. l. cum filius 76. §. dominus 2. ff. de legat. 2.* quia tantum bonis coherent, & prædiis; Iaque servitutes prædiales, nihil aliud sunt, quam ipsa prædia qualiter se habentia: & ea de causa cum ipsis prædiis intelliguntur possideri: *l. quid aliud 86. ff. de verb. signif. l. se ades 32. §. ult. in fin. ff. de servit. urban. prædior. l. qui fundum 12. ff. quemadmodum servit. amittant.* Et idè de his servitutibus realibus si fortè legatæ fuerint, vel stipulando promissæ, non potest dici, quod dicitur de usufructu, quotidie constitui, & legari: quia prædia, quibus competunt, perpetuè coherent, & semel acquiruntur; & non minus, quam ipsa prædia, seu proprietates, ipsæ etiam servitutes perpetuæ sunt: & per consequens transeunt ad quoscúmque successores: & ob id sicut prædia ipsa ad tempus, vel conditionem dari, vel deberi non possunt; sic neque eorum servitutes, *l. obligamur 44. §. vers. plane, ff. de obligat. & action. l. si Stichum 16. §. 1. ff. de V. O. §. si ita 3. instit. eod. tit.* Et hæc eadem ratio est cum ea, quæ danda est, quando queritur, cur hæres ad tempus, vel conditionem institui non possit, *§. hæres pur. 9. instit. de hæred. instit.* quia hæres dominus est, *§. ult. instit. de hæred. qualis. & differ. l. 1. ff. de vent. in possess. mittend. l. qui pecunia 22. ff. de stat. liber. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 1. princ. §. illar. 2. & 3. & princ. 7. illar. 1. tit. 2. princ. 3. in princ. & de error. pragmat. dec. 2. error. 3. & dec. 3. err. 2. & lib. 4. conject. cap. 5. & in rational. ad l. denique 3. §. pen. de minor. Cujac. in l. sed est quid 25. §. si opera 2. ubi est textus elegans, *ff. de usufr. & lib. 5. observat. cap. 10.* Osiwald. *lib. 6. comment. Donel. cap. 2. lit. E.* Ideoque in perpetuum manet hæres, qui semel hæres extitit, *l. aut prætor 7. §. pen. ff. de minor.**

12 Usufructus verò, qui servitus personalis est, omnino vel in bonis fructuarij, vel extra bona ejus est, quia nullo modo coherent bonis, sed tantum ipsius fructuarij personæ, *d. l. sicut 3. §. ult. ff. quib. mod. usufr. amittat. l. vel si servus 15. cum l. seq. ff. famul. erisc. l. 1. §. 1. in fin. ff. de usufr. accresc.* His præsuppositis si respondendum est ad explicationem eorum, quæ ex ratione Ulpiani; nempe quod usufructus quotidie constituatur, & legatur, supra adduximus: si dicendum sit, usufructum in bonis fructuarij esse, id quasi extret per se dici debet: & tunc non minus, quam proprietatis, rectè dicitur usufructus semel tantum constitui, semel legari, semel stipulari, & semel ejus dies cedere: & de hac acceptione intelligendus est Ulpianus in *d. l. unica, ff. quando dies usufr. legat. ced.* quasi tunc pro parte dominij accipiatur usufructus, cum per se constitat, & in bonis usufructuarij esse credatur. Si verò dicatur, usufructum extra bona fructuarij esse, accipitur tunc usufructus, quatenus ejus persona coherent, & quasi ex ipsius facto habet esse, ut docetur in *d. l. unica*, ubi pro hujus propositionis confirmatione ponitur verbum *quantquam*: & sic acceptus, rectè dicitur usufructus quotidie constitui, legari, stipulari, & ejus dies cedere. At in jure nostro

utrumque dictum passim invenitur; nempe, & partem dominij esse, legari diem semel cedere; & hoc aliud, usumfructum in faciendo consistere, quotidie constitui, & legari, d. l. unica in princ. & l. ususfructus 4. ff. de usufr. Et sic variè agitur apud C. in l. ulto de usufructu propter varietatem rei subje. Acto. Pro parte dominij usumfructum esse reperitur scriptum in l. si unus 27. §. item si 8. ff. de pact. l. vacca emptor 4. l. si ab emptore 49. ff. de evictio. l. si quis 3. §. si loci, ff. de adimend. legat. l. in servitutem 16. ff. de bon. libertor. l. non quocumque 82. §. fundus 2. ff. de legat. 1. l. Mevius 66. §. pen. l. cum filius 70. §. dominus 2. ff. de leg. 2. l. si usufructum 23. ff. de liber caus. l. si à reo 7. §. si reo 2. ff. de fidejuss. quem ex his, quæ diximus, & in seqq. dicenda sunt, ab emendatione Antonij Fabri, lib. 15. conjectur. cap. 8. poteris vindicare. Contra autem usumfructum instar dominij non esse probatur rectè, ex l. rectè 2. §. ff. de V. S. l. falsus 43. §. ult. in fin. ff. de furt. l. per jurjurandum 13. §. illud 2. ff. de acceptilat. l. sed est 17. §. si servus 9. ff. de injur. l. si stipulaverit 27. §. sed est 3. ff. ad l. Jul. de adul. ver. l. si Titio 33. §. 1. ff. de usufr. l. interdum 10. ff. de usufr. accresc.

13. Itaque cum dicitur, usumfructum ex die, vel in diem, vel ad certam conditionem legari posse, notatur usumfructum extra bona usufructuarij esse, & in facto ejus consistere, d. l. unica, §. ult. ff. quando dies usufr. legat. ced. Et in primis ut in diem usumfructus legari possit, hoc significat, quod etsi usumfructus sit rei perpetuæ, veluti fundi, ædium, &c. ille tamen non sit perpetuus. Ulterius, quod etiam ex die utiliter usumfructus legari possit, hoc vult, diem legati usumfructus non statim à morte testatoris cedere, aut post aditam hæreditatem; sed tunc demum cum dies legato adjectus venerit: quasi dies certus in legato usumfructus non minus, quam incertus conditionem faciat, quia ad hæredem non transit: quod omne proprium est legati usumfructus, vel eorum, quæ personis inhærent, neque ad hæredes transmittuntur. It utrumque repugnat legato proprietatis, aut servitutibus realibus, l. si pure 2. cum l. seq. l. si post diem 5. §. 1. ff. quando dies legat. ced. l. servitutibus 4. ff. de servit. Eadem differentia notatur, cum dicitur, fructus non esse fructuarij, antequam ab eo percipiantur: ubi ad usumfructum factum requiritur usumfructuarij, quasi usumfructus extra bona ejus sit. In domino, & bonæ fidei possessore diversum est, nam fructus suos faciunt statim, quo à solo separati sint, l. arboribus 12. §. Julianus 5. ff. de usufr. l. si fructuarius 13. ff. quib. mod. usuf. amittat. l. qui solet 25. §. 1. ff. de usur. ubi bonæ fidei possessor, & dominus æquiparantur, & anteponuntur fructuario. Joan. Gædæus in l. sylva 30. ff. de V. S. num. 5. & 6. Donel. lib. 10. comment. jur. civil. cap. 9. Oluvald. ibi liter. A. & lib. 4. comment. cap. 25. liter. L. Fride-ric. Mindan. de acquir. possess. cap. 8. numero 10. & seqq.

14. Denique, quod servitutes reales habere non possunt, nempe, quod l. personis cohæreant; etiam si requè ut usumfructus ex facto fructuarij illæ ex facto aliquo eorum, quorum præliis debentur consistant, argum. l. servitutes 14. ff. de servit. id usumfructus habere potest; & quatenus habet, ut cohæreat personis, facto comparatur, & legatum ejus in facto consistere videtur: quod quidem legatum, quatenus in facto est, capitis diminutione non perimitur, l. pen. ff. de capit. minut. l. servo 13. in princ. & §. 1. ff. de legat. 1. l. hominis 2. ff. de usufr. legat. d. l. Stichum 95. §. usumfructum 6. ff. de solutio. l. is cui 11. ff. de alienat. legat. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 11. princ. 5.

illat. 4. Cujac. lib. 17. quest. Papin. in d. l. hominis 2. & lib. 18. quest. Papin. in l. si habitatio 10. ff. de usu, & habit. ar. & lib. 8. respons. in l. cum pater 77. §. hæreditatem 4. de legat. 2. Et in his, quæ facti sunt, non initium, sed singula momenta spectamus, l. qui bona 23. §. 1. l. bonæ fidei 48. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. mora 32. ff. de usur. Quæ de causa in legato usumfructus separata ab eo omni similitudine, quam habet cum legato proprietatis, relinquuntur est, ut per singula momenta constitui, legari, & stipulari videatur. Ratio est, quia omnia quæ facti sunt æquo, & bono, seu jure naturali constant, quo jure nihil continuum, nihil perpetuum est, nihil juris, nisi quatenus ipso facto continuatur: continuatum vero latè ipso facto exprimitur, ne quis requirat nomine expressam, aut quod illic repetitum legatum usumfructus. Aliàs plures res expressè legatæ, seu stipulatæ plura legata faciunt, seu stipulationes, l. quoties 2. ff. de legat. 2. l. ar si 1. ff. de pecul. legat. §. si quis avocillas 17. instit. de legat. l. scire debemus 29. ff. de V. O. Donel. lib. 8. comment. jur. civil. cap. 8. Oluvald. lib. 21. comment. Donel. cap. 3. liter. A. Cujac. lib. 18. quest. Papin. in l. cum illud 25. ff. quando dies legat. ced. & lib. 16. quest. Papin. in l. peculium 65. ff. de legat. 2. Id vero intelligitur in eo legato, quod juris est, vel in proprietate legata, seu promissa: in usufructu vero diversum est, nam etiam ille simpliciter, vel semel legatus sit, dici tamen debet quotidie constitui, legari, & stipulari.

Adhuc restat explicandum, quæ sit ratio differentie inter d. l. 1. §. interdum 3. ff. de usufr. accresc. Unde colligitur, posse plures, & quotidianos usumfructus, plura, & quotidiana legata esse, quotidie legari diem cedere: & eos locos, quibus dicitur usumfructum nomen juris esse, ejus legati diem semel cedere: Quæ quidem ratio non est vulgaris, neque inventu facilis, hæc tamen pro vero habenda est. Primæ diei cessio in legato usumfructus similis est diei cessione in legato proprietatis; & ita hæc cessio semel fit, & tunc rectè dicitur, usumfructum in jure consistere, nomenque juris esse: cætera legati usumfructus diei cessiones sunt similes cessione diei ejus legati, quod non in jure, sed in facto consistit. Legatum quoque proprietatis est purum sit ante mortem testatoris (si excipias regulam Cætonianam, qua sit juris: l. 1. ff. de regul. Cæton.) facti est, quia voluntas defuncti non est certa, ambulatoria enim est usque ad supremum vitæ exitum, l. si quis 3. §. ult. & l. seq. ff. de adimend. legat. l. cum hic status 32. §. penitentiam 3. ff. de donat. inter vir. & uxor. Quod si legatum conditionale sit, amplius usque ad conditionis eventum facti est, quia ipsa conditio, ex qua pender, facti est. Ulterius juris est, quatenus post mortem testatoris ab eo adimi non possit; tamen & tunc facti est, quia incertus conditionis eventus id incertum facit. Denique & si legatum purum sit, & adimpleta ejus conditio, adhuc legatum hoc facti est, quia pender ex voluntate legatarii volentis illud agnoscere, vel repudiare: nam si repudiaverit, neque ab initio videtur legatum fuisse, l. legatarius 38. §. 1. ff. de legat. 1. l. §. utrum 6. ff. si quid in fraud. paron fiat, l. servum 44. §. 1. ff. de legat. 1. l. si tibi 86. §. cum servus legatur 2. ff. eod. titul. Et hæc ita abique ulla distinctione reperitur in quocumque legato, sive legatum proprietatis sit, sive usumfructus.

Itaque cessio diei legatum juris esse facit, quatenus legati acquisitionem quandocumque factam ad se trahit, non solum ad tempus adit hæreditatis; ut Cujacius vult in d. l. eleganter 7. §. item si servum 5. ff. de

ff. de dolo, & Oluvald. lib. 7. comment. Donel. cap. 18. liter. B. sed etiam ad tempus mortis testatoris, quamvis legatum sub conditione datum fuerit, l. in eo 33. ff. de acquir. rer. dom. l. quidam hæredem 19. ff. de manum. testam. l. in vitis 4. ultim. ff. de fideicom. libertat. l. Titio 96. §. 1. ff. de condit. & demonstrat. Quia conditio retrahitur ad tempus mortis testatoris, ad dicta l. probant, & Antonius Faber, docet ad dict. l. & eleganter 7. §. item si servus 3. ut sic legatum etiam ad hæredes legatarii transmitti possit. Et in hac retractione convenit legatum cum hæreditate, quia legatum ita dominium rei legatæ legatarii facit, sicut hæreditas hæredis res singulas, ut ait Papinianus in l. legatum 80. ff. de legat. 2. Sed hæreditas postquam adeatur, dominium rerum hæreditariorum creditur per retractionem hæredis fecisse ab instanti mortis testatoris; l. hæres 54. ff. de acquir. hæred. l. omnis 13. l. omnia ferè 193. ff. de regul. jur. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princ. §. illat. 3. verisic. ad banc & tit. 3. princ. 3. in princ. Ergo etiam cessio diei legati puri, quæ à morte testatoris contingit, agnitionem legati ad se trahit. Hæc obiter scripti contra Oluvaldum dicit. loc. quæ si non placuerint propter nimiam eorum brevitate, promittimus fuissemus ei me fore satisfacturum, & si immemor non sum sufficienter satisfacere supra lib. 1. cap. 12. numer. 42. & 2. seqq. Sed ita per cessionem diei confirmato à lege 12. tabul. legato, superest adhuc, quod sit facti; Nam legatum, quod aut aditio hæreditatis, aut voluntas legatarii facit, ut etiam post aditionem hæreditatis liquidum, adhuc sit, & nondum acquisitum; facti est, nam illa acquisitio adhuc facti est, quæ suspenditur à voluntate legatarii, quam habet de legato admittendo, vel repudiando. Quæ de causa Ulpianus in dict. l. 1. §. interdum, docet, proprietatem eo tempore, quo vindicatur, legari: Quo in versio, nihil aliud sibi vult, quam id quod diximus supra; scilicet, legatum proprietatis eo demum tempore consistere omni facto purgatum, & plenum juris effectum habere, & omne factum consumi. Et hoc perinde est, ac si diceres, quod plerisque juris locis dicitur, emptionem, & venditionem, & cæteros ferè contractus re sequatà demum perfectos esse, l. Titius 8. ff. de res. vend. l. domum 57. ff. de contrah. empt. His non simile omnino est legatum usumfructus, nè à principio quidem; idemque non habendus est pro parte dominij: Sed tamen non idem à principio constituitur, & legatur: Et satis est in eo, quod caput, & initium usumfructus est, id est in prima ejus diei cessione usumfructum proprietatis simile esse; in eo scilicet, quod emolumentum rei contineat, dict. l. Mevius 66. §. fundo ff. de legat. 2. nam cætera, quæ erant similia proprietati, ex eo capite sequebantur etiam in usufructu, nisi absurdum, & nimis incommodum visum esset, quod proprietates rerum inutiles essent semper abscedente ab eis usufructu. A principio legatum usumfructus æquiparatur legato proprietatis in eo, quod primum, & precipuum est; nempe, ut semel ejus dies cedat: Postquam vero usumfructus est, & legatum admittam fuerit, rursus in eo legato superest quod proprium est usumfructus; nempe, ut quotidie constituitur, & legatur; quod proprietati convenire non potest. Itaque restat ex dictis, ut legatum usumfructus per se consideremus, & sine ulla regula proprietatis exigamus: Sic per se considerata usumfructus extra bona est, & personæ fructuarij cohæret, & ob id in facto consistit: Quapropter sicut in his, quæ in puro facto consistunt, etiam in legato usumfructus oblitterat omni similitudine, quam cum proprietate habet; superest, ut per singula mo-

menta constitui, legari, & stipulari videatur usumfructus. Hæc tunc ad propositum facit, tunc per se utilia sunt ad penetrandam omnimodam rationem Ulpiani in dict. §. interdum, & ad ejus responsi interpretationem. Quibus constat plus facilius interpretari, dict. l. Stichum 95. §. usumfructum 6. ff. de solutio. cum ibi in adjecto contingat capitis diminutio, qua non potest extinguere usumfructus, qui consistere potest in stipulatore; & rectè etiam adjecto capite diminuto solvi ex eo, quod quotidie constituitur, & stipuletur usumfructus; ut docuimus supra 2. 9. & 10.

Sed his, quæ superius num. 6. diximus l. cum quis 38. ff. de solut. videlicet adjecto non posse solvi, si illè post contractam stipulationem passus fuerit aliquam capitis diminutionem, etiam minimam; obstat textus in l. cum qui stipuletur 56. §. qui sibi, aut filio ff. de verborum obligat. In cujus specie pater sibi, aut filio dari stipulatus est: Et Consultus respondit, vel manenti in potestate, vel emancipato filio rectè solvi posse: Sed emancipatio est minima capitis diminutio, §. minima 3. institut. de capit. minut. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 16. princ. 1. illat. 4. Ergo adjecto, qui aliquam capitis diminutionem passus est, id quod stipulanti promissum erat, rectè solvitur. Bartolus in dict. l. cum qui ita stipulatur: huius difficultati sic respondit, quod in dict. §. qui sibi, aut filio, adjecti filij conditio in meliorem statum conversa sit per capitis diminutionem: Filius enim, qui in patris potestate erat, emancipatus fuit, & per emancipationem factus sui juris, §. præterea emancipatione 6. institut. quibus modis jus patriæ potest. solvit. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 11. princ. 10. in princ. & illat. 1. cum seqq. Et idem cum adjecti conditio melior fiat, adjecto rectè solvitur: Quod diversum esset in eo, qui in ad rogationem se dedisset, vel in adoptionem, quia tunc deterior redditur ejus conditio, dict. l. cum quis sibi ff. de solutio. Et hæc Bartoli solutionem sequitur Zilius in d. §. qui sibi, & eam communiter receptam esse apud interpretes affirmat Jason, eamque admittit Donellus in dict. l. cum qui & l. super ff. de V. O. numero 6. & libro 16. comment. juris civilis cap. 10.

Hanc interpretationem Joann. Borcholt. dict. cap. 4. num. 51. 52. & seqq. impugnat dicens, illam non posse subsistere cum dict. l. cum quis 38. ff. de solutio. quia ibi Africanus generaliter tradit adjecto, qui passus fuerit aliquam capitis diminutionem, non rectè solvi: Et ita rejecta cæcè dissentium Consultorum intendit conciliare dicendo, quod in dict. §. quod sibi, aut filio illa verba, Vel emancipato filio rectè solvitur, referenda sunt ad filium, qui tempore stipulationis emancipatus fuerat: Et ita huic filio, qui tempore stipulationis per emancipationem capite diminutus fuerat, rectè solvatur: Quam interpretationem credit probari ex l. Stichum 95. §. usumfructum 6. ff. de solut. Cujus sensus quàm longè abhinc ab hac intelligentia in num. præcedentibus scriptum habes satis abunde; & illam se sumpsisse fatetur à Jacobo Cujacio dict. l. 38. de solutio. qui eam amplectitur etiam lib. 28. questio. Papinian. in dict. l. Stichum 95. §. usumfructum 6. ff. de solutio. Quare nihil interesse putat Cujacius inter capitis diminutionem adjuncti, quæ sit per adoptionem dict. l. 8. & illam, quæ sit per emancipationem, d. l. cum qui §. qui sibi aut filio 2. Cum utroque casu status adjecti mutetur. Illamque Cujacij solutionem ab omnibus objectionibus à Donello adductis fusè defendit ipse Borcholt in dict. capite 4. numero 54. usque ad numer. 60. An bene, eam defendat, tu prudenter considerabis. Quam

Unum solum ei redargnam breviter, ex Donello, Dicit Consultus, nihil interesse sibi, aut extraneo cuiuslibet, an sibi, aut filio suo stipuletur. Filius emancipatus extraneus est respectu patris emancipatoris: *l. qui etiam 55. §. 1. in fin. ff. de rit. nuptiar. l. in omne 13. ff. de adoption. §. ceteri 3. instit. de hered. qualis. & differ.* Ergo filius adjectus tempore contracte stipulationis, fuisse emancipatus; in eptē diceretur à Consulto, *Nihil interesse sibi, aut extraneo, aut sibi, & filio.* Cùm filius ille nomine extranei comprehenderetur; sed illa verba adhibuit, ut aliquam differentiam adnotaret inter extraneum, & filium, quæ nulla circa jus civile, à quo mero jure descendit stipulatio, esse poterat nisi filius esset in patris potestate tempore stipulationis: Ergo ille §. non potest intelligi de filio adjecto, qui erat emancipatus tempore stipulationis. Neque dubitandi ratio ulla alia esse poterat, nam si filius extraneus est, & rectè extraneo adjecto solvitur; quare dubitari debuit, an filio, qui tempore stipulationis emancipatus erat, solvi posset necne ex eo forsitan, quod plenior fides pietas: & reverentia major à filio sperari debet, etiam si emancipatus sit, argument. text. in *l. furiosus 4. ff. de curat. furiosus. l. quique 4. §. 1. & l. parentes 6. ff. de in. jus vocando?* Qui hoc dixerit, nihil levius potuit excogitare, neque à juris ratione alienius. Quapropter Anton. Fab. lib. 3. *conject. capite 10.* dissolutionem inter Consultos agnovit, sed Osuvaldus Donelli interpretationem approbat, & sequitur *dist. cap. 10. liter. R.*

19 Ceterum, ut verum fatear, neque illa Osuvaldi solutio mihi placere potuit, quia *dist. l. cum quis sibi, aut Titio ff. de solut.* videtur insinuare quamlibet capitis diminutionem patienti adjecto non posse solvi ibi: *Sive in adoptionem, ubi hæc vox adoptio, nisi pro adrogatione sumatur, pro adoptione specifica non mutat filiusfamilias statum, postquam datus fuerit in adoptionem: Nam ante adoptionem fuit filiusfamilias, & remanet filiusfamilias post adoptionem: Sed tamen ex eo, quod mutaverit familiam patris naturalis, & translatos fuerit in familiam patris adoptivi, extinguitur facultas solvendi ei ut adjecto: Ergo multò fortius ex eo, quod capite insinuat fuerit filiusfamilias per emancipationem non poterit ei solvi, quia mutavit familiam patris naturalis, & sui juris factus fuit. Uterius: tota causa, quare adoptio habeatur pro capitis minutione, est; quia antiquitus adoptio fiebat per tres imaginarias venditiones, & duas manumissiones: Quibus venditionibus in servilem conditionem filiusfamilias incidebat, *l. ultim. C. de adoption.* Sed emancipatio eandem causam, & formulam olim habuit, §. *præterea 6. instit. quib. mod. jus patr. potestat. solvit. l. ultim. C. de emancipat. liberor.* & venditiones illæ verè venditiones fuerunt à principio, ut docuimus supra *hoc lib. 2. cap. 4. & ita ex l. 12. tabul. ut Ulpianus attestatur in fragm. tit. 10. rectè & verè vendebantur filij: Verba leg. 12. tabul. erant: Si pater filium ter vendiderit, filius à patre liber esto, quali indignus esset pater habendi jus potestatis in filio quem ter venditum tam male tractasset, Anton. Fab. in *jurisp. Papinian. titul. 11. princip. 10. in princ.* Ea verò severitas verè venditionis interpretatione prudentum temperata fuit, & vera servilis causa, veraque venditio in imaginariam, & fictam postea conversa fuit: *l. liberos 3. §. 1. ff. de cap. minut.* Veras emptor commutat in fiduciarium, verum pretium in nummum unum: *l. contractus 54. ff. de obligat. & act. Ulpian. in frag. tit. 11. regula qui liberum.* Cajus lib. 1. *instit. titul. 6. ipse Ulpianus titul. 10.* Ergo cum**

eodem modo per emancipationem filius in servilem causam cadat, ac per adoptionem; merito utroque modo æqualem capitis diminutionem filij patiuntur: Et sicut non potest solvi filio adjecto post adoptionem, *dist. l. cum quis 38.* sic neque filio adjecto solvi poterit post emancipationem: Et quod postea meliorem statum consequatur filius emancipatus, cum purgata illa imaginaria servitute fiat sui juris, nihil facit; quia facultas solvendi ei exiuncta semel fuit per illam servitatem fictitiam, in quam cecidit filius, antequam emanciparetur; quæ postea non potest revivisci, ut de servo promisso, & manumisso, & iterum in servitatem redacto attestatur Paulus in *l. qui res 98. §. aream ff. de solution.* illa ratione: *In perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest:* Ergo neque filio emancipato ex eo quod postea obtinuit meliorem statum, poterit solvi: Idem enim contingere facile potest in adoptato, cum possit manumitti à patre adoptatore. Itaque solutio Donelli, & Osuvaldi nequit subtrahi.

Unde elegantior mihi videtur Alciati mens *dist. 20* centis, filio adjecto, & post contractam stipulationem emancipato rectè solvi posset; quia pater, qui sibi, aut filio dare stipulatus est, filij mentionem contemplatione filij, quatenus naturalis est secundum naturam distinctus, & diversus à patre, fecisset, non quatenus filiusfamilias est una persona cum patre secundum jus civile, de quo diximus supra *num. 2.* Et idèd quamvis filius post contractam stipulationem emancipatus fuerit, nihilominus subest adhuc paterna fiducia, & amor: Quapropter rectè ei solvi possit ut adjecto etiam post emancipationem. Hæc Alciatus citatus, & reprobarus nullà adhibita ratione à Joanne Borcholt, *dist. cap. 4. num. 52.* Nos verò Alciati mentem sumimus illustrandam: Illam aperitissimè probat ratio ipsa, quæ objectionem, quàm sibi objicit Consultus dissolvit in his verbis: *Neque ad rem pertinet: Quod qui filio suo dari stipulatur, sibi acquirit quia conjuncta sua persona stipulator efficit, ut non acquirenda obligationis gratia, sed solutionis causa personam filij apprehendisse intelligatur.* Nam si filius, in *dist. §. ut filiusfamilias adhibitus fuisse per patrem non ad solutionem tantum, sed etiam ad obligationem adhiberetur, quia est rectè concepta stipulatio, filio meo dabis:* Et quia jure civili inspecto non potest illa identitas personarum patris, & filij, quæ fit ex unitate facta per fictionem diversarum personarum (si jus naturale inspicias) distingui quantum ad ea, quæ civilia sunt: Idèd non poterit dici filiusfamilias personam ad solutionem tantum adjectam esse, & non ad obligationem: Hoc enim idem esset, ac si quis diceret unam & eandem personam dispositam esse ad solutionem tantum, & non ad obligationem; & eandem etiam ad obligationem: Quod quàm absurdum fore nemo non videt. Unde constat, filium in dicto Paragrapho, adjectum fuisse, quatenus filius est, secundum naturam; non verò quatenus filiusfamilias est, secundum jus civile: Et idèd ei post contractam stipulationem manumisso rectè solvitur: Interveniens enim emancipatione retinetur nomen patris, & filij; & illa pietas, quàm apud eos natura creavit: *l. profectitia §. si pater 11. Digestis de jur. dot. l. furiosa 4. ff. de curat. furiosus,* & ad id facit: *l. neque in ea 22. §. ultim. ff. ad leg. Jul. de adulter.*

Neque obstat dicere ex eodem §. à patre ibi filium adjectum fuisse, non ut filium secundum jus naturale, sed secundum jus civile, quatenus erat filiusfamilias: Quod constat ex illis verbis: *Quare, vel manente in potestate &c.* Ergo fuit adjectus ut filiusfamilias non

non verò ut filius absolute, quatenus respicit naturam, sed quatenus respicit patriam potestatem. Nam respondendum est filium ut absolute filium adjectum esse adhuc cum existeret in patris potestate ad hunc effectum, ut si ante solutionem emanciparetur, ei rectè solvi posset. Si verò maneret in potestate filio ut naturali tantum solveretur: Et si in potestate esset, quando fieret solutio, res soluta acquireretur statim patri, non solum jure civili inspecto, sed etiam naturali, quia eo ipso, quod per jus civile una patris, & filij persona reperitur, secundum naturam est, quod patri, ut capiti acquiritur, ut rectè ratiocinatur Paulus in *l. ne cum filio familias 16. ff. de furt.* dicens, *Ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est quod non magis cum hi, quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi agere possumus.* Quorum verborum sensus est, esse quidem ex jure civili non à natura, ut liberis in potestate habemus, *princ. instit. ne patr. potest.* & consequenter ut patris, & filijfamilias una persona esse existimetur: Sed tamen hoc ita constituto per jus civile naturam ipsam rei esse impedimento, nè pater cum filiofamilias agere possit, quia per verum naturam fieri nequit, ut agar quis secum ipso. Unde est, quod inter patrem, & filium esse possit saltem venia petita *l. qui in potestate C. in jus voc. Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 3. princ. 2. illat. 14. tit. 10. princ. 1. illat. 2. tit. 12. princ. 1. illat. 8.* Eodem modo dicitur, furtum prohibitum esse lege natura i, in *l. 1. §. 1. in fin. ff. de furt.* non quod, antequam distincta fuissent rerum dominia per jus gentium, *l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur.* Homo homini furtum facere potuisset, sed quia post introductam summâ ratione etiam naturali dominiorum distinctionem non potest fieri furtum, quin offendatur lex illa naturalis, omnium æquissima, & cum hominibus ipsis nata quæ non patitur, ut possis facere quod tibi fieri nolis. Antonius Faber in *jurisp. Papin. tit. 2. princ. 4. illat. 6.* de qua multa congerit Osuvald lib. 15. *comment. Donel. c. 29. lit. K.* Si vero emancipato postea solvatur, etiam rectè solvitur, quia in omnem eventum filium secundum naturam conceptum pater in stipulatione solutioni adhibuit, ut ei existenti in potestate quantitas soluta per patriam potestatem acquireretur; & emancipato soluta quæ ab extraneo actione mandati à filio posset per patrem revocari, §. *si quis 4. versio. plane solutio instituit. de inut. stipulat. l. Julianus 131. §. 1. Dig. de V. O.* ut docuimus supra *hoc capite numero 5.**

CAPUT XIV.

Recitatio solennis ad §. *erat olim instituit. de donation. pro rostris habitata in percelebri Pintianâ Academiâ ad obtinendam Institutonum Cathedram, quàm obtinimus.*

S U M M A R I U M.

- 1 In d. §. Justinianus interpretandus, & corrigendus, sumitur.
- Justinianus gloriam Jurisconsultis debitam sibi passim adrogat.

Præilla, de qua agitur in dicto Paragrapho, per conatus ante Justinianum inventa fuit.

Orao servandus in dicta re, ostenditur.

- 2 Invocantur nomina cælestia in professione, & dicitur.

Sancta Crucis Collegij fundatoris memoria semper laudanda veneratur.

- 3 Species d. & proponitur, ex ea conclusio deducitur, & illustratur.

Antiquitus seruo communi data per animum dominum libertate, pars eius alteri domino accrescebat.

- 4 Prima ratio dubitandi contra conclusionem adducitur.

Antiquitus non fuit novus acquirendi modus hic, sed generalis omnium rerum, quæ pro derelicto habebantur.

Datio libertatis ab uno domino non plus faciebat, quam haberet servum pro derelicto.

An antiquitus rei pro derelicto habitæ, dominium statim amitteretur.

Responsio quædam ad dictam rationem redarguitur.

Dicta questio olim controversa, à Justiniano composita, ostenditur.

- 5 Altera ratio dubitandi proponitur, & exornatur.

Non videtur ablatum quod in corpus patrimonii versum est.

Omnium iuri repugnat, ut quis inditus dominio rei sue privetur.

Quædam responsio ad traditam dubitationem impugnat.

Pecunia sapit naturam omnium rerum.

- 6 In dict. §. explicantur verba, *Erat olim alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi.*

Ut jus accrescendi detur, pars defectu debet accedere parti acquisita.

Explicatur *l. 3. §. 1. de usufr. & l. o. de usufr. accresc.*

Reprehenduntur qui dicunt, dari jus non decrescendi.

Juris non decrescendi definitio tradita ab interpretibus, refertur.

Ratio qua illa videtur effluenter probari refertur.

Illius definitionis una, & efficax impugnatio traditur.

Redditur propria definitio juris accrescendi.

- 7 Singularis modus constituendi jus accrescendi deducitur ex d. §. erat olim.

Ut jus accrescendi detur, partes totius ante concursum dividuntur secundum numerum conjunctorum.

Explicatur *l. 80. de legat. 3. l. 1. §. 3. l. 3. de usufruct. accrescend. Ulpian. in fragm. tit. 24. §. 12.*

Quenam sit illa partium divisio ante concursum realem, demonstratur.

Impossibile est, ut antiquè conjunctorum solidum possit præstari.

Inter conjunctos nunquam multiplicatur legatum, nisi, expresse id velle ostenderit testator.

Sententia, qua dicitur partes à principio fieri, probatur ex *l. 16. ff. de legat. 1.*

- Ejus verba, itemque, l. 84. §. 8. cod. tit. referuntur, & ponderantur.*
Nemo admittitur ad legatum rei sue.
Qui dominus est unius, rei, amplius ejusdem domini fieri nequit.
- 8 *Eandem sententiam probant, l. 56. ff. de condit. & demonstrat. l. 77. §. 7. de legat. 2. l. 41. §. 1. l. 44. §. 2. in fine de bonor. libertat.*
Eandem probant, l. 34. §. 10. de legat. 1. l. 2. si pars hæred. petat l. 25. de solut. l. 34. & seq. ad l. Aquil.
Evidentissimum argumentum ad probandam sententiam profertur.
Quomodo intelligendum sit non dari jus accrescendi inter eos, qui partes à principio habent ut dicitur in leg. 1. de usufruct. accresc.
- 9 *Quæritur in d. §. erat olim, de quo tempore prædicetur verbum olim.*
Jurisperiti sua interpretatione jura constituere potuerunt.
Prudentum interpretatione provenerunt omnes regule juris antiqui.
Hæc pars juris interpretationem quando introducta fuerit, ostenditur.
Quare hæc pars juris appellatur, olim, vetustas, media jurisprudentia, &c.
Quare Jurisperiti passim appellantur, veteres?
Quare constitutiones Principum dicantur introductæ post vetustas leges?
An supradictis nominibus significentur leges 12. tabul.
Illud verbum olim intelligi debet de tempore Jurisperitorum.
- 10 *In dict. §. erat olim, ponderantur verba, pro remedio.*
Ex pietate multa inducuntur, quæ stricto jure diversimodè servantur.
Referuntur text. in l. 38. & l. seq. de fidei comm. libertat.
Referuntur etiam l. 15. de officio testam. l. 22. §. 1. de negot. gest. l. 22. §. fin. ad leg. Jul. de adulter.
Pietati adjunxit Justinianus summum libertatis favorem.
Aliqua exempla de libertatis favore breviter profertur.
- 11 *Prima ratio decidendi ad dubitandi rationem Primam adducitur.*
Jure antiquo qui communi servo dabat libertatem pro sua parte pro derelicto habere servum credebatur.
Qui pro indiviso possidet unam partem non possidet certam, sed illam, quæ ab alio non occupatur.
Non est discordia Sabiniæ, & Proculianorum, ne per jus accrescendi acquiratur socio pars servi.
Secunda ratio decidendi adducitur.
- 12 *Detegitur frequens Justiniani vitium.*
Illud probatur ex l. 16. ad S. C. Sillan.
- 13 *Idem probatur ex l. 29. de except. rei judicat.*
- 14 *Item in l. 31. §. 1. ff. de fideicommiss. libertat.*
- 15 *Explicatur contra eundem Imperatorem, l. 18. de vulg. & pupill. substit.*
- 16 *Indicatur etiam l. 30. de liber. caus.*

- 17 *Contra Justinianum facit l. 4. in princip. cum §. 1. de manum.*
Ostenditur videtur, l. 4. §. 2. de manum. vindic.
Ejus difficultas ponderatur, dissolvitur, simulque explicatur l. 15. §. penultim. eodem titulo.
Detrahitur honor Imperatori restituitur.

IN §. erat olim instituit, de donat. Imperatorem Justinianum explicandum suscepimus, & corrigendum: Correctio vero nostra non nascitur ex eo, quod aliquid Princeps contra principia juris statueret; sed ex eo, quia gloriam antiquis jurisconsultis debitam, sibi ambitiosè cepit adrogare. Hanc mediam viam, (de qua in hoc §. se primum invenisse jactatur, cum multo ante tempore Justiniani per varios Jurisconsultos hanc eandem inventam, stabilitam & pro jure susceptam fuisse percipiamus. Et ut hæc vobis apertius manifesta facere possim, hunc ordinem in prælectione mea me servaturum fore promitto. Primum omnia litera textus, quia longissima est species omni contexturæ congruentem referam; deinde conclusionem eliciam quæ comprehendat tempus antiquum ante constitutionem Imperatoris Justiniani, & subsequens tempus ab eadem constitutione: Ulterius aliquibus notabilibus præsuppositis ad veram rationem decidendi deveniam, ex qua denique faciem accendam ad illuminanda plurima jura hucusque forsam ad hoc propositum à paucis adducta.

His finitis, finietur hæc nostra actio, utinam illa cedat in laudem, & gloriam Omnipotentis Dei, Patris, & filii, & Spiritus Sancti, qui nos ex nihilo fecit, necnon intereratæ Dei paræ Virginis Mariæ: cuius patrocinii omnia quæ scio (si aliqua sunt) me debere semper profiteor, semperque profitebor. Cedat etiam in laudem, & gloriam Divi Hieronymi Ecclesiæ Maximè Doctoris, cuius nomine à regenerationis lavacro exij dealbatus. Cedat etiam in laudem, & gloriam Divi Francisci à Xavier conterranei mei, Sancti Thomæ Aquinatis, Sancti Antonii de Padua, Sanctæ Mariæ Theresæ, & aliorum, quos ab ineunte ætate patronos, atque tutelares elegi. Et quia naturæ præceptis congruum est, ut in quacunque actione etiam levissima benefactorum nostrorum memoriæ gratum animum exhibeamus, cedat hæc actio qualis qualis illa fuerit in laudem, & gloriam, & felicem recordationem illius quondam Magnanimi Principis nunquam satis laudati Domini, ac semper Domini mei Don Petri Gonzalez de Mendoza hujus almæ Pintianæ Ecclesiæ, Sanctæ Mariæ de Morervela, Sancti Zoili de Carrion, & de Fican in Gallia perpetui Abbatis, Oxomensis simul atque Calaguritanæ, & Seguntinæ Episcopi, Hispaniæ simul atque Toletani Archiepiscopi, Patriarchæ Alexandriæ, Regnorum Castellæ tam tempore, Henrici IV. quam Regnum Catholicorum Majoris Cancellarii, atque Governoris, Tribunalis Sanctæ inquisitionis in his Hispaniæ regnis primi creatoris, atque fundatoris, & tandem in Sancta Romana Ecclesia tribus titulis Cardinalis amplissimi, quorum ultimo hoc nostrum Sanctæ Crucis Collegium per totum orbem terrarum autoritate, & magnitudine celeberrimum construxit, & molibus altè jactis à primo crexit lapide, cuius purpureo clamide, licet indignus, condecoratus existo Nunc ad rem.

Si in aliquo textu totius jurisprudentiæ Cæsaræ liceat exordium prælectionis sumi à petitione speci-

ei, maximè in §. erat olim. instituit, de donat. quia eundem ordinem servat Imperator Justinianus, postquam in principio ejus in hæc præsumptis verbis: *erat olim* (inquit) & alius modus civilis acquisitionis perius accrescendi, quod tale est; & nunc refert speciem, quæ talis est. Duo domini cum servum haberent communem, alter eorum misericordiâ ductus ex sua pro indiviso parte præstitit ei libertatem (nihil interest, an plures, an duo domini sint; idem enim jus in pluribus, ac in duobus statuendum est secundum decisionem textus in l. 1. Cod. de comm. serv. manum.) Alter verò cupiditati magis, quam munificentiæ studens ex sua parte eam prestare noluit. Quid in hac specie faciendum fore querit Imperator Justinianus; & sub sceleris distinctionis temporum sic respondit. Si tempus antiquum inspiciamus, cui correspondet verbum à lud olim (de quo postea aliqua non vulgaris dicemus) ita jus constituebatur, ut pars illa, quæ defecta erat in altero domino per dationem libertatis alteri accresceret: ita, ut qui nuper non nisi ex dimidia parte dominus servi erat, plenissimum ex postfacto totius servi dominium consequeretur. Hoc Imperatori Justiniano pessimum exemplo, & invidia plenum visum fuit. Hujus rationes tres reddidit. Prima, quia inhumanum visum est, ut is dominus qui pietate ductus summam exercere voluit munificentiam, suo benefaciendi munere defraudatus existeret: nam cum beneficio affici hominem interesset hominis, ut Papienian. docet in l. servus 7. de serv. exportand. qui tam piè in servum se ostenderat, hoc interesse cendum non erat. Secunda, quia contra naturæ votum videbatur, ut qui favor in servum extiterat, ex severitia sua tantum commodum reportaret, ut qui non nisi ex dimidia parte dominus servi erat, propter duritiam suam plenum in toto servo dominium haberet: Tertia, quia inhumanum videbatur hac in specie, sicut in aliis plurimis juris partibus, ob favorem libertatis non introduci aliquid, quod exiguo, vel nullo forsam damno dominum tenuerit, manumittere ex sua parte servum, libertatibus prospiceretur. His rationibus motus se invenisse viam, ut his subveniret, attestatur: illa vero est, ut datâ æstimatione partis ei domino, qui liberare sensum noluit, tunc servus ille plenissimum, & civitatis Romanæ Quiritariam consequeretur libertatem.

Ex hac facti specie hæc exagitanda deducitur conclusio. Licet jure antiquo inspecto, servo communi per unum dominum datâ libertatem alteri domino, qui eam prestare noluit, accrescebat, post Imperatorem tamen Justinianum soluta partis æstimatione ei domino, qui libertatem dare recusaverit; plenissimum servus, & civitatis Romana Quiritariam consequitur libertatem. Primam partem conclusionis circa jus accrescendi tam de libertatibus, quam ceteris rebus probat textus in l. bona 3. §. ult. ff. de bonor. possess. l. item quod 17. §. 1. ff. de hered. instit. l. 1. in princip. & §. interdum 3. & passim ff. de usufruct. accrescend. l. idem Neronianus 3. in princip. & §. non solum final. ff. eod. titul. l. qui ex duobus 53. §. 1. l. qui parvi 59. ff. de acquir. hered. l. unica, §. si itaque 10. C. de caduc. tollend. l. quoniam 20. in fin. Cod. de jur. deliber. Secundam partem conclusionis conjunctim cum primam probat textus in §. erat olim instituit, de donat. l. unica, Cod. de comm. serv. manum. Ulpian. in fragm. tit. 1. §. communem, Paul. lib. 4. sent. tit. 12.

Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

in princ. Exornant hanc conclusionem Anton. Fab. in jurisp. Papien. tit. 4. princ. 2. illat. 2. & tit. 1. princ. 8. & de error. pragm. dec. 1. error. §. num. 2. Cujac. lib. 3. resp. 1. Papien. in l. creditor 42. ff. de pignorat. action. & in tit. C. de serv. comm. manum. Pichard, in dict. §. erat olim, qui omnes loquuntur de hoc jure accrescendi circa communem servum manumillum respiciendo jus antiquum, & de jure novo etiam decernendo constitutionem Imperatoris Justiniani. Cæterum quoad commune jus accrescendi tam in libertatibus dati, quam in aliis rebus legatis videntur sunt Donell. lib. 7. comm. jur. civil. cap. 12. & ibi Osiwaldus liter. C. & seqq. Anton. Fab. de error. pragm. dec. 50. error. 1. & seqq. Anton. Pichard. de acquir. hered. cap. 29. num. 43. & in §. si eadem res 8. instituit, de legat. D. D. Melchior de Valent. illustr. jur. tract. 1. cap. 1. num. 1. & seqq. & plurimi alij; quos Pichardus, & Valentia referunt dictis in locis.

Licet hæc conclusio apud omnes recepta, tutissima manere videatur, tamen duplici ratione dubitandi quoad jus antiquum, & quoad novum in ruinam dilabi posse credi potest. Prima dubitandi ratio contra primam partem conclusionis sic se habet. Per hanc dationem libertatis præstitæ servo communi, licet dicatur alteri domino acquiri illa pars per jus accrescendi; non erat ille specialis motus acquirendæ alterius partis, ne: novus, sed communis, & usitatus, qui contingebat in omni re quæ pro derelicto habebatur; neque datio illa libertatis ab uno ex dominis plus facere poterat, quam si illam partem pro derelicto haberet, ut Modestinus indicat in l. 3. ff. pro derelicto. Sed etiam si quis antiquitus pro derelicto non habuisset, non ex eo statim dominium ejus rei pro derelicto habitæ dominus amittebat, uti probat Ulpianus in l. falsus 43. §. qui alienum 4. ff. de furt. Ubi affirmat, quod si rem pro derelicto habitam lucri faciendi causâ quis substulerit, sine ignoraverit, si se sciverit, illam pro derelicto habitam esse, fuerit obstringatur: quod etiam probatur, argum. text. in l. quod meo 18 §. 1. ff. de acquir. possess. l. quemadmodum 18. ff. de nox. al. action. Ergo neque jure antiquo hæc pars, quæ per dationem libertatis videbatur defecisse in uno domino, alteri accrescere potuit: cum dominium illius partis in altero domino dante libertatem adhuc persisteret absque ulla amissione; Ulpian. in fragm. tit. 1. §. communem 18. Neque satisfacies, si dixeris cum eodem Ulpiano in l. 1. & 2. ff. pro derelicto. apud antiquos decisum fuisse, quo rei pro derelicto habitæ statim dominium amitteretur, ut ex Juliano tradidit Paulus in l. pro derelicto 2. ff. pro derelicto. Nam ex inde solum deducitur hanc questionem apud Consultos controversam fuisse, quam composuit postea Imperator Justinianus in §. quæ ratione 47. instituit, de rer. divis. sequutus sententiam Juliani contra Proculianos. Itaque cum apud antiquos dubia res esset, non potuit ab Imperatore Justiniano pro certo affirmari in §. erat olim, illam partem servi pro derelicto habitam alteri domino accrevisse; sed debuit dici, quod dubium fuisset antiquitus, an illa accrevisset, vel non accrevisset.

Secunda ratio dubitandi contra illam conclusionis partem, quæ diximus datâ pretij æstimatione ei domino, qui ex sua parte noluit dare libertatem, servum consequi illam; hæc est. Licet verum sit quod nemini aufertur videatur id; quod in corpus patrimonij ejus versum sit, ut eleganter loquitur Papienianus in l. pater 23. ff. de adin. legat. text. in l. si rem 22. ff. de petit. hered. D. D' Martij, de Larreategui

lib. 1.

lib. 1. *selektar. jur. disputat. cap. 9. num. 11.* Cujac. lib. 7. *respons. Papin. in dicit. l. pater 23. & lib. 20. quast. Papin. in l. idem servandum 72. ff. de legat. 2. & lib. 8. respons. in l. sed quod 71. ff. eod. tit.* Tamen ut violenter quisquam dominio rei suæ priveatur juri civili, & naturali repugnat, l. neque emere 16. *Codice de jur. delib. l. sicut 4. Cod. de obligat. & action. l. nonusque 2. ff. si à paren. quis manum. sit. l. qua ratione 9. §. nihil autem 4. ff. de acquirend. rerum domin.* Sed si detur altimatio pro servo violenter aufertur ab altero domino dominium servi, cum repugnant eo ei adimatur servus, & pro servo cogatur accipere prærium suæ partis, textus in l. duobus 30. ff. de liber. cau. quod contra naturale præceptum esse constat, ex dicit. l. 9. §. 3. dicit. *titul. de acquir. rerum domin.* Ergo neque per Imperatorem Justinianum effici potuit, nisi injuriosè, ut alter ex dominis, qui libertatem servo communi dare noluit, invitatus pretium acciperet. Ulterius cum species lucri sit ex alieno largiri, & beneficij debitorem sibi acquirere, l. si pignori 54. §. 1. ff. de furt. Cujac. lib. 12. *respons. Papin. in l. donationes 31. §. pater 3. ff. de donat. facile poterat unus dominus dare libertatem cum injuria alterius, & sic illius largitatis debitorem servum sibi acquirere, quod ferendum non est. Neque satisfacies, si dixeris cum eodem Justiniano in ipso §. & in l. unica C. de commun. serv. manum. nullum damnum sentire dominum, qui sic pecuniam pro servo accipere cogitur, cum pecunia sapiat naturam omnium rerum, & qui pecuniam habet, rem ipsam habere videatur, textus in l. rei 5. ff. de verborum significat. l. naturalis 5. §. 1. & 2. ff. de præse. verb. quia replicabo, sic non dissolvi difficultatem, cum jus naturale semper dicit non debere pro quacumque alia re auferri alicui dominium, quod semel justè quæsit: Cujus rei exemplum elegantissimum reperies, in l. bona fides 31. ff. de posuit. Et quod hac in re amplius est, poterat forsitan servus utiliter esse domino, quam ipsa pecunia propter ingentes utilitates, quas servi dominis acquirit, ut colligitur obiter ex l. placet 79. ff. de acquir. hered. & §. item vobis acquiratur 2. instit. per quas personæ acquirat. Ergo parum juris gentium, & civilis Religiosus extitit Justinianus, cum in hac specie violenter domino, qui ex sua parte novit præstare libertatem, dominium servi subtraheret.*

Sed his rationibus dubitandi non obstantibus, nostra conclusio verissima manet: Tamen ut ad ejus rationem decidendi perfectius descendere valeamus, aliqua scitu dignissima in nostro §. per periphrasim sunt explicanda. Itaque primò notari oportet, intimam juris accrescendi naturam nobis Imperatorem Justinianum demonstrasse in illis verbis: *Erat olim alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi, quod est tale.* Quibus Imperator vult significare contra interpretes ferè omnes essentiam, & modum juris accrescendi, illudque dari in his omnibus, quibus pars defecta alteri parti, quæ retinetur, adjungitur, & accrescit: Quod diligenter observavit Donellus libro 7. *comment. jur. civil. capite 12. in princ.* ratione illà, quia deficiens portio tacito jure (sicut in aliis rebus contingere solet l. si Titio 33. §. 1. ff. de usufruct. l. interdum 10. ff. de usufruct. accrescend.) In servo communi in legatis specialibus, in hæreditatibus non personæ, sed parti acquisitæ accrescit, Ulpian. in *fragm. titul. 1. §. communem*, Paul. libro 4. *sentent. titul. 1. in princip. l. si totam 83. l. si ego*

26. l. si quis 33. l. servus communis 67. ff. de acquir. vend. hered. l. hac scriptura 26. §. 1. ff. de cond. & demonstrat. Injuriousus ergo erit sensus illorum, qui aut sunt affirmare non dari jus accrescendi, sed potius jus non decrescendi: Itaque sic illud finiunt: *Jus accrescendi est jus retinenda partis ejus, qui non concurrit*: illamque definitionem ut juri accrescendi aptissimam sublinuerunt Jacob. Cujacius in *parat. de usufruct. accrescend. & in tract. 5. ad African. in l. qui usufructum 36. lib. 12. observat. cap. 12. & lib. 17. quast. Papin. in l. sicut 3. §. hac autem 1. ff. quib. mod. usufruct. amittat. & lib. 2. definitio. Papinian. in l. cum singulis penult. ff. de usufruct. accrescend. quam etiam amplectitur Anton. Pichard. in §. si eadem res 8. instit. de legat. sub num. 27. & ad tit. de acquirend. hered. cap. 29. num. 6. ubi ait illa definitione nullam aliam meliorem afferri posse, & de ea creditur agi apud Justinianum in l. unica, §. ubi autem, C. de eaduc. tollend. Illius erroris professor extitit etiam ingeniosissimus Anton. Fab. de *error. pragmat. dec. 49. error. 1. num. 8. & error. 4. num. 3.* Quibus prima facie favore videtur hæc ratio non parum efficax: nam si singuli à principio totum habent, vel servi, vel alius cujusque rei, quid poterit eis accrescere, cum totum semper habeant: ergo quando alter socius non concurrat ad agnitionem partis suæ: nihil cæteris accrescit; quia tunc solum decresceret, quando concurreret: Hæc tamen definitio tam aperte falsa est, ut alia impagnatione non indigeat, quam attendere & notare ipsa verba definitionis: nam si pars est ejus, qui non concurrat, idque in sua prava definitione audent affirmare, quare non dicitur ab eo accrescere, sicut affirmatur ejus esse? Et si illa definitio vera est, omninò falsum esse necesse est quod Justinianus affirmat in §. *erat olim*, nempe jus accrescendi esse modum acquisitionis: in illa enim nunquam poterit verificari quod per jus accrescendi acquiratur, sed id solum, quod non amittatur: quod quidem quàm alienum sit à recta jurisprudentia, & à verbis, mentèque Justiniani, nemo non videt. Unde melior, & solum recta juris accrescendi definitio hæc est: *Jus accrescendi est jus, quo pars sive hæreditatis non adita, sive legati non agnita, vel alius cujusque rei defecta, ei parti, accedit, quæ adita, vel agnita, vel non defecta est.* Quam definitionem tradiderunt Anton. Gomez, & quos ille addocit 1. tom. *variæ, cap. 10. numer. 25.* D. D. Melchior de Valentia plures alios referens *dicit. tractat. 1. cap. 1. num. 1. & seq.**

Licet hanc nostram definitionem credamus verissimam esse, tamen rectam illius explicandæ modum non facile apud interpretes scriptum invenimus; quem nobis elegantissimum præstat Imperator Justinianus in §. *erat olim instit. de donat. dum pro certo præsupponit, partem illam servi, quæ alteri socio accrescit, prius fuisse illius, à quo accrescit, illam verò ejus fuisse pro indiviso, ut aperte docet Ulpianus in leg. servus communis 6. ff. de stipulat. servor. Unde evidenter deduco, quod ad hoc ut detur jus accrescendi in quacumque parte juris ubi de illo agitur, debere prius totum omne dividi inter socios, & conjunctos; ita, ut pars unicuique, & ejus dominium pro indiviso incipiat pertinere, ut ex eo possit jus accrescendi resultare: quod quo modo contingat, accipite. Singuli ex sociis, seu conjunctis, inter quos*

datur jus accrescendi, solidum legati, vel hereditatis, aut servi communis initio quidem à scriptura habent, l. conjunctim 80. ff. de legat. 3. l. 1. §. interdum 3. l. idem Neratius 3. ff. de usufruct. accrescend. Ulpian. in *fragm. titul. 24. §. si duobus 12.* Anton. Fab. lib. 6. *conjectur. capite 20.* Sed non statim etiam ab ea scriptura, & ab eo solido partes unicuique deductas, & applicatas, concursumque factum fuisse fingimus nostra intellectuâli interpretatione. Itaque post concursum hunc fictitium juris dispositione interpretative formatum, si collegatarij, seu cohæredes aliqui à concursu reali se abstinuerint; id est si repudiaverint suas partes à lege jam delatas, extinctâ tunc, & evacuatâ fictione illa intellectuâli, quâ à principio partes separavimus; iterum solido, à quo segregatæ erant, redeunt; reitituitque is partium ad rotam illud, à quo eas separavimus, jus accrescendi dici debet, non verò jus non decrescendi. Fingamus hanc scripturam, Titio, & Sejo, & Sempronio totum relictum esse ita, ut per eam unicuique eorum solidum datum esse videatur, ut loquitur textus in l. conjunctim ff. de legat. 3. Si statim à scriptura partes unicuique pertinentes non separarentur, impossibile exitum haberet id, quod relinqueretur: Quia impossibile est, ut unicuique solidum, & totum illud integrum præstari possit: Nam si uni ex conjunctis solidum detur, non superest aliud solidum, neque ex eo solido aliquid amplius, quod aliis sociis, seu conjunctis possit dari, nisi multiplicetur id, quod datum est: Quod fieri non debet, nisi evidens sit dantis voluntas: l. si pluribus 33. ff. de legat. 1. Itaque nè hoc absurdum contingat ante realem concursum adstipulante lege; itaque suadente necessitate juris, per nostram interpretationem fingi debet, socios & conjunctos omnes statim à scriptura concurrisse. Hanc sententiam, quæ à paucis adhuc exeogitata fuit aperte probatur ex Pomponio in l. si duobus 16. ff. de legat. 1. ibi: *Si duobus (inquit,) res conjunctim legata sit, quamvis alter in verum natura non fuerit, alteri solum partem deberi puto rerum esse.* Ergo statim à scriptura partes factæ erant ejus solidi, quod relictum erat duobus; alioquin totum haberetis, quoniam rerum natura erat; quia is, qui in verum natura non erat, concursu reali partem libi avocare non poterat. Eiusdem sententiæ manifestus assertor est Julianus, in l. hujusmodi 84. §. si Titio, & Marcio 8. ff. eodem tit. in his verbis, *Si Titio, & Marcio legato fuerat Stichus, qui Titij erat, debetur pars Stichus Marcio: Nam Titius, quamvis ad legatum non admittatur, partem facit.* Tum sic Titius per concursum realem non potuit partem facere, quia nemo admittitur ad legatum rei suæ §. sed solum legatarij 10. instit. de legat. l. cum servus 39. §. si Titius 2. ff. de legat. 1. l. proprias 13. C. de legat. Sed cum esset Titij Stichus, qui legatus fuerat, iterum aut amplius ejus fieri non poterat, neque ex causa legati, neque ex alia ulla, l. an & eadem 14. §. actiones 2. ff. de except. rei judic. l. plane 34. §. sed si non corpus 3. ff. de legat. 1. l. non ut ex pluribus 159. ff. de regul. jur. §. Sic itaque dispartit. instit. de action. Ergo per concursum realem Titius partem Stichus, qui ejus antea erat, facere non potuit: Sed Julianus ait partem facere in his verbis: *Nam Titius, quamvis ad legatum non admittatur, partem facit.* Ergo necesse est, quod partem fecisset à principio per concursum interpretativum, quo à principio scripturæ fingimus partes applicatas fuisse unicuique conjunctorum, illas scilicet, quas haberent, si verò postea, & realiter concurrissent.

Hieron. Oroz, de Apicib. Iur. Civ.

Et nè hac in re plura Consultorum responsa ex professo & sigillatim ad probationem hujus sententiæ congeramus, ad eam reprobandam cumulatè accipiente textum in l. cui fundus 56. ff. de cond. & demonstrat. l. cum pater 77. cum pater 7. Digest. de legat. 2. l. filius 42. §. 1. Digest. de bonor. liberat. l. si patronum 44. §. 2. ff. de bonis 2. in fin. Digest. eodem titul. l. plane 34. §. ff. in pupillari 10. Digest. de legat. 1. l. si ex pluribus 2. ff. si pars hæred. petat. l. ex parte 25. ff. de solution. l. Titio 34. cum l. sequent. Digest. leg. Aquil. Et licet hæc nostras sententia his, quæ diximus, evidenter probari videatur, non possum tamen prætermittere tenacissimum argumentum, quo solus illam non solum subtrahitur, sed etiam urgentissimè probare, quod tale est. Legatum statim quo adita fuerit hæreditas non expectato legatariorum concursu, sic legatariorum, quibus relictum fuerat; atque ut res illa legata nonquam videtur facta fuisse hæredis, l. legatum 80. ff. de legat. 2. Paul. lib. 3. *sent. tit. 6. §. usufructus unicuique rei.* Ulpian. in *fragm. tit. 19. §. legem 17.* Gajus libro 2. *instituit titul. 5. §. 2. ibi: Non expectato hæredis: Sed illa dominij rei legatæ translatio per ministerium legis facta non potest esse insolitum, quia unum tantum solidum est, quod non debet multiplicari: Ergo unicuique legatariorum transfertur per legem dominij illius partis, quæ retinetur, si realiter omnes legatarij concurrissent: Ac per consequens ante concursum realem partes illius solidi necessario fieri debent per concursum interpretativum. Neque obstat, si dixeris, non dari jus accrescendi inter eos, qui partes à principio habent; text. in l. 1. ff. de usufruct. accrescend. (quod unum mihi videtur solum obijci posse sententiæ nostræ.) Nam id intelligendum est de his, qui per concursum realem partes habuerunt, vel partes divisas ab ipso testatore; non verò de his, qui per concursum interpretativum eas habuerunt. Ex quibus aperte apparet, modum hunc, quem circa jus accrescendi nobis constituit Imperator Justinianus, in dicit. *Perigrapho erat olim instituit de donat.* è medio jurisprudentiæ veterum prudentum auctoritatibus copiosissimè comprobari. Et hæc circa jus accrescendi ad illustrandum Justinianum dixisse sufficiat.*

In eodem §. *ultim. instituit. de donat.* inspicit, & edoceri oportet, cujus temporis mentionem faciat verbum illud *olim*: Et dubium non est illud loqui, & summodum esse de tempore illo, quo Jurisconsulti interpretationibus suis jura constituerunt, illis enim tributum erat, ut jura interpretando constituerent, textus in l. 2. §. his legibus 5. ff. de orig. jur. l. & idem 11. cum duab. seq. ff. de legib. l. in fundo 38. circa fin. ff. de rei vindic. l. 1. ff. de privat. delict. de quo videndus est Olovallos lib. 1. *comment. Donel. cap. 8. litter. E*, & ab hoc genere condendi jura proveniunt omnes regulæ juris: I ledque eorum titulus dicitur de regulis juris antiqui, & quasi ex illo constitutiendi juri modo descendens constitutio prudentum vocatur, regula in l. si ita 13. §. 1. ff. de liber. & posthum. l. si mihi 12. §. 2. ff. de legat. 1. l. si tibi homo 86. §. cum servus 2. ff. de legat. 1. l. apud antiquos 21. C. de furt. & serv. corrupt. Et hæc tractatio prudentum vocatur jus civile, dicit. l. 2. §. his legibus latis ex eo, quod hæc pars juris statim post leges 12. tab. ad eam interpretationem ante novas leges, & constitutiones Principum, atque ante prætorum edicta à Jurisconsultis indacta esset; & idem illa variis nominibus appellatur jus civile media jurisprudentia jus antiquum, antiquitas, vetustas antea, olim, &c. §. erat olim instit. de donat. §. responsa 8. instituit.

instituit. de jur. natur. gent. & civil. §. ultim. instituit. quibus ex cau. manumittit, non licet, §. ultim. instituit. de adoption. §. 1. instituit per quas personas cuique acquirat §. 1. instituit. de testam. §. sed olim 3. §. optio 23. §. incertis 25. §. posthumus 28. §. anrea 34. §. p. uena 36. instituit. de legat. l. 1. §. ultim. Digestis si a parent. quis manumittit. & passim in iure hæc nomina reperuntur. Eaque soia de capta Jarilconsulti, qui illas leges per interpretationem suam introduxerunt veteres vocantur in dicto Paragrapho erat olim §. interdum 11. instituit. de obligat. qua ex delict. nascunt. princip. instituit. quibus modis intel. sinat. §. furivus 2. in fin. instituit. de usucapion. l. possideri 4. §. si rem 18. & sequent. Digestis de acquirend. possess. l. illa institutio 32. ff. de hered. instituit. l. antiqui 3. ff. si pars hered. petat. Eodem principio etiam provenit, quod constitutiones Principum dicantur fuisse introductas post vetustas leges, §. ultim. instituit. de milit. testam. dict. §. furivus instituit. de usucapion. §. item vetustas instituit. de hered. qua ab intest. deferunt. Et adeo verum est, quod nomine vetustatis, & aliorum hæc jura per interpretationem Consultorum condita intelligantur: Quod quando nomine vetustatis, significari vult lex 12. tab non dicatur antiquitas, vel vetustas simpliciter; sed ita, antiqua lex 12. tabul. ut constat ex §. sed equidem 5. instituit. de exheredat. liberor. vel sic. olim lege 12. tabul. ut in princ. instituit. de leg. Falcid. vel hoc modo, primis temporibus, uti in princ. instituit. de fideicom. hered. Ex quibus aperte colligitur, verbum illud olim in §. nostro positum de tempore Jurisconsultorum, qui interpretatione sua jura constituebant, intelligendum esse debere.

10 Ulterius nè quicquam eorum, quæ in §. nostro scripta sunt, intractum relinquamus; notandum est, Imperatorem Justinianum dicere, illam antiquam duritiam juris accrescendi per suam constitutionem correxisse: Ubi verba, pio remedio, nobis indicant neglecto juris rigore ex pietate sola suam constitutionem induxisse, non sine exemplo; multa enim in iure introducta sunt ex pietate, quæ aliter inspecto summo jure observanda erant, quale est illud, quod Jurisconsultus Paulus refert, in l. in testamento 38. ff. de fideicommiss. liberat. Ubi in testamento, quod perfectum non erat, testator alumnæ suæ libertatem, & fideicommissa dedit: Filij testatoris cum omnia ab intestato egissent; quaeritum fuit, an ut ex causa fideicommissi illam manumissam fuisse videatur? Et respondit Consultus his verbis: Etiam si ab intestato pater periisset, pater tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset, quod etiam decidit in l. sequent. Si Papinianum ut parentibus daret hereditatem filiorum, ratio pietatis suavit in l. nam etsi parentibus 15. ff. de inoffic. testam. cujus hæc sunt elegantissima verba: Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum, & naturalem erga liberos charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet. Sic idem Papinianus in l. ex duobus 17. Digestis de negot. gestor. ex eo, quod Titius pietatis respectu aluit sororis filiam, actionem negotiorum gestorum ei denegaverit, ibi: Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi. Sic ipse propter paterni nominis pietatem remisit patri occidere filiam, simulque cum ea adulterantem, & coërcuit impetum mariti facile decernentis, in l. neque in ea 22. §. fin. ff. ad leg. Jul. de adulter. cujus decisionis elegantissima verba hæc sunt: Ideo patri, non marito mulierem, & omnem

adulterum remissum est occidere, quia plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit. Caterum mariti calor, & impetus facile decernentis fuit refrinandus.

Huic pietatis rationi adhibuit etiam Justinianus summum illum favorem libertatis, quo multa etiam apud ipsos antiquos constituta fuisse testatur; quale est illud, quod ipse Papinianus scripsit, in l. qui gravi 11. ff. de jur. codicil. ubi cum testator ignorat taxam gravidam esse, codicillis ad filium solum scriptis libertates dedit: Post mortem patris nata postea filia, cum constaret nihil de ea testatorem sensitse, libertates, à filio solo præstari las esse responderetur: Quod non poterat absque juris violatione statui, nisi favor libertatis subtilissimam Papiniani mentem commovisset, ut docet Antonius Faber in jurispr. Papin. tit. 6. princ. 2. illat. 15. & lib. 1. conjecit. cap. 11. Cujac. lib. 12. quaest. Papin. in d. l. qui gravi de jur. codicil. & lib. 8. respons. Papin. in l. cum pater 77. §. cum existimaret 29. ff. de legat. 2. Illud etiam specialiter Papinianus admittit in l. filio præterito 17. ff. de inoff. rupt. irriquoque fact. testam. nempe quod si filius præteritus sit in testamento; & alter filius institutus; licet testamentum nullum sit propter præteritionem, l. inter cetera 30. ff. de liber. & posthum. libertatesque in eo datæ, non sint præstandæ; tamen si præteritus filius partem suam avocare noluerit ab intestato, tunc ex æquo, & bono libertates præstentur: Audite verba papiniani, Quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videatur, autem voluntas testatoris ex bono, & æquo iudicatur. Et nihil mirum, quod tantus sit libertatis favor, ut passim strictum jus propter eum requiescat: Nihil enim apud gentes favorabilius est, quam libertas; quippe quæ non modo secundum naturam sit, sed etiam tota à natura proveniat, text. in l. manumissiones 4. ff. de just. & jur. l. libertas 12. 2. ff. de regul. jur. Quæ res fecit, ut tam multa contra communis juris regulas passim favore libertatis constituta in iure reperiamus; quale illud maximum est inter cetera, ut quæ semel competit libertas, nunquam revocari possit, neque beneficio ætatis minoris, aut pupillaris, quamvis fuerit libertas indebita: l. si ex causa 9. §. ultim. ff. de minor. l. & 101. tit. C. si adversus libertat. nec præterito factæ manumissionis accepta pecuniâ, cum esset res inæstimabilis, l. licet accepta 32. C. de liber. cau. junct. l. libertas 106. l. non est singulis 176. §. 1. de regul. jur. Et idem pecuniis nec lui potest, nec reparari, l. statuliberum 9. §. illud tractatum 2. ff. de stat. liber. Rursus neque præterito impetratæ restitutionis in integrum contra hereditatis actionem l. ergo 4. §. quid ergo 2. ff. de si deic. libert. l. sciendum 32. ff. de manum. testam. neque reciso per quærelam inofficiosi testamento, l. Papinianus 8. §. ultim. cum l. seq. l. si sub. hac 16. ff. de inoff. test. neque colore non soluti vectigalis, l. 1. C. de vectigal. & commiss. neque obsequij non præstiti velamento, l. solo 32. C. de liber. cau. & aliis pluribus quæ refert Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 3. princ. 2. illat. 2.

Postquam illustravimus imperatorem Justinianum; restat, ut ratio decidendi reddatur: Itaque illa duplex est, que duplici rationi dubitandi satisfacit. Prima, & quæ respicit jus antiquum talis est: Antiquo jure socius servum communem manumittendo inter amicos, aut alia non justa manumissione nihil agebat: Itaque qui sic manumittere servum tentabat, nec liberum eum faciebat, nec suam partem amittebat; quia manumissio non justa, sicut non poterat conferre libertatem, ita nec justum dominium auferre: Si verò justa manumissio interue-

intervenisset, ut putâ, vindictâ, vel testamento socius, qui nec totam libertatem dare poterat, quia non erat solus dominus servi communis, nec pro parte, quia est individua libertatis natura, l. alieno 31. §. 1. de fideicom. liberat. ut eleganter ostendit Antonius Faber adjectis plurimis textibus, dict. tit. 3. princip. 2. illat. 6. Reliquum erat, ut pro derelicto partem suam habere videretur is socius, qui libertatem dederat; quæ pars præcisè socio accresceret ex eo, quod sine alterius socij, qui non manumisit injuriâ, non videbatur alter decidi posse, Ulpian. in fragm. tit. 1. §. communem, Paul. lib. 4. sentent. tit. 12. in princip. Unde cum statim, quo pars pro derelicto haberetur ab eo domino, qui dedit libertatem; occupata per alium dominum esset, qui libertatem dare recusavit, illa pars, quæ in altero domino defuncta est; quia qui pro indiviso possidet unam partem, nullam partem possidet certam, sed illam, quæ ab alio non occupatur, l. 1. §. idem ait 2. ff. de usufruct. accrescend. Hinc est, quod in quacunque veterum opinione, sive Proculianorum, qui credebant rei pro derelicto habitæ dominium non amitti usque dum ab alio occupatur, dict. l. falsus 43. §. qui alienum 4. ff. de fut. live Sabinianorum, qui sibi persuasum habebant, statim quo pro derelicto res haberetur, dominium amitti, l. 1. l. 2. §. 1. ff. pro derelict. rectè jus accrescendi socio dabatur, quia statim quo servo libertatem alter dedit, totum servum alius occupabat; juriq; accrescendo illa pars, quæ antea alterius fuerat, huic consocij parti evacuarâ fictione juris, qua pro indiviso partes possidebantur, accedebat, & restituebatur. Quoad secundam verò partem decidendi ratio hæc est, cum levitatio Justiniani favorem libertatis respexisset, de levi damno socij renuentis dare libertatem curare noluit: Itaque substituendo pretium loco servi, libertatem plenam ei præstitit, statuens sua decisione, ut hoc levissimo incommodo socij libertati ex pietate prospiceretur, d. l. unica C. de serv. comm. manum. §. erat olim instit. de donat.

12 Sed temperare non possum, quin audientibus demostrem Imperatorem Justinianum in hoc §. sicut in aliis multis institutionum locis suam ambitionis laudis decisionum animum detexisse; valde enim hujus gloriæ cupidus se passim invenisse testatur quæ multo ante ejus tempora Jurisconsultorum responsis inventiuntur statuta: Idem ipsi contigit in hoc §. in his verbis: Hoc quasi invidia plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus, & invenimus viam, &c. Quibus constat inventionem hujus viæ sibi soli adrogasse vano hujus honoris desiderio; cum certum sit illam ipsam viam ante Justinianum inventam apud Jurisconsultos non uno tantum, sed plurimis in locis inveniri. Et ut hujus rei testimonium non vulgaribus decisionibus præstemus, audire primo Marcellum in l. domino 16. ff. ad S. C. Silan. domino à familia occiso, inquit, Servus communis necem ejus detexit: Favore libertatis liber quidem fieri debet, pretij autem partem sibi contingentem socium consequi oportet. Quibus verbis quæstio exagitur non parum dubia, nempe an servo communi, qui necem domini detexerat, libertas ipso jure competitura sit necne? Pro parte affirmativa illud faciebat, quod servus ex Senatusconsulto Silaniano in præmium mortis directæ liber ipso jure fieret, textus l. si quis 3. §. hi quoque 15. Digestis eodem titulo. Et ita ipsum Senatusconsultum supplendo factum domini de casu, libertatem absque ulla mora dederat. Pro negativa verò id suade-

Hieron. Oroz., de Apicib. Jur. Civ.

bat, quod servus, qui detexit mortem domini, communis duorum erat; & non poterat alter, qui vivebat, invitus ex sua parte servo defraudari. Hanc discordiam rationem Marcellus respiciens, favore libertatis ita statuendum esse decrevit, ut datâ partis alterius æstimatione domino, qui vivit; servus plenissimam exinde consequatur libertatem. Tum sic: Senatusconsultum Silanianum nihil aliud egit, quam servo, qui detexit mortem domini, ob præmium suæ fidelitatis dare libertatem, quam præstaturus erat ipse dominus, si posset; ex eo, quod ejus mortem detexerat; & quasi ipse dominus præstaret; lex, seu Senatusconsultum libertatem vice domini præstitit: Sed ut illam consequeretur servus, statutum erat, ut alteri socio, qui vivit; præmium suæ partis prius daretur, d. l. domino ff. ad S. C. Silan. Ergo ante Imperatorem Justinianum per Marcellum decusum reperimus hanc pretij æstimationem in servo communi, postquam ab uno ex dominis daretur ei libertas, omnino faciendam esse. Ergo nimia cupiditate laudis, & gloriæ decisionum fatetur Imperator, hanc viam dandi partis æstimationem se primum invenisse.

Ex eodem fonte dimanat explicatio textus in l. 14 judicatis 29. Digestis de except. rei judicatis, ubi proponitur, quod duo movissent controversiam de inofficioso testamento, in quo libertates datæ relictæ fuerant: Alter litigantium intentionem suam obtinuit, alter verò victus fuit, ut contingit etiam in l. nam etsi 15. §. ultim. l. circa 24. l. mater 19. ff. de inoffic. testam. Donel. lib. 19. comment. jur. civil. cap. 10. Anton. Fab. in jurisprudent. Papiniana. tit. 13. princip. 1. illat. 6. quaerit Papinianus, an libertates datæ servis, qui erant communes duorum hæredum, hæredis scilicet testamentarij, contra quem non obtinuit quærela inofficiosi testamenti, & hæredis ab intestato, qui victor extiterat, debeant competere? Et respondit indemnitati victoris consuli debere præstando ei in pretio æstimationem illam, quæ correspondet in servo ex parte illa, quæ pro indiviso victori competebat: Et data hac æstimatione libertates servis absolute fore competituras. Hoc præsupposito sic contra Justinianum conficio argumentum: His servis, qui communes facti erant, debebat ex testamento dare libertates ille, qui ex eo successerat: Sed ut id facere possit, prius pretium partium servorum debet dari alteri hæredi, quia ab intestato successerat per illam partem, qua victor in lite quærelæ extiterat: Ergo antiquitus tempore Papiniani, cujus est, d. l. judicatis 29. servo communi datâ libertate, ut illa competere posset, alteri consocio pretium solvendum erat suæ partis: Ac per consequens hujus viæ inventio, de qua in d. §. erat olim, non est tribuenda Justiniano; cum multo antea ejus tempora per Jurisconsultos fuerit non solum inventa; sed etiam observata.

Ejusdem criminis reum facit Imperatorem Justinianum Jurisconsultus Paulus in l. alieno 31. §. 1. ff. de fideicom. liberat. in his verbis: Cum in testamento mortuus fidei filij commississet, ut servum manumitteret; & posthumus ei natus fuisset: Divi Fratres rescripserunt, quia dividi non potest ab utroque præstandum. Quibus Paulus proponit, quod testator quidam rogasset filio, ut servum manumitteret: Et tunc quando decessit solus testatoris hæres erat: Postea verò natus fuit posthumus, quo servus ille, cui per filium danda erat fideicommissaria libertas, communis factus fuit utriusque, filij scilicet, & posthumi: Quaerit Consultus, an hæc libertas danda sit, necne?

Q. 3 Rationes

Rationes dubitandi hæc faciebant. Primò, quia libertatis natura talis est, ut dividi non possit, neque pro parte præstari; aut deberi, sed vel in totum, vel nulla ex parte, l. 1. §. 2. C. de comm. serv. manum, l. qui gravi 1. cum seqq. ff. de jur. codicil. l. cum pater 77. §. cum existimaret 29. ff. de legat. 2. Secundo, quia fidei unius tantum commissa erat libertatis datio, & alter conpelli non poterat ad ejus præstationem, quia de eo nihil sensisse testatorem constabat, ut scripsit idem Papinianus in d. l. qui gravat ibi: *Nisi post mortem patris filia, cum de ea nihil patrem sensisset constituisse.* His tamen dubitationibus non obstantibus Consultus referendo rescriptum Divorum fratrum, ab utroque dandam esse libertatem respondit; ab uno, qui rogatus fuit, liberaliter; ab altero, cujus pater mentionem non fecit, accepta æstimatione. Et licet in d. l. alieno §. 1. nihil circa præstandam æstimationem dixerit Consultus; illi textui adhibenda est hæc distinctio: *ex l. redemptis 12. ff. de jur. codicil.* Eodem modo, quod dicitur in d. l. gravi cod. tit. à solo filio libertates esse præstandas, ibi: *Placuit libertates a solo filio præstari posse,* conciliandum est cum eo, quod dicitur in d. l. alieno §. 1. nempe ab utroque filio præstandam esse libertatem, dicendo certum esse non competere libertates, nisi ab utroque præstentur: Tamen quia unus sine pretio præstare cogitur, & præstatio ipsius est causa, qua alter cogitur accipere pretium, & dare libertatem; idem in d. l. qui gravi, dicitur à solo filio libertates præstandas, quia solus ille est, qui sine pretio eas præstare debet: Ergo ante Imperatorem Justinianum constitutum fuerat, non solum, ut per jus accrescendi pars unius accresceret alteri socio, sed etiam ut recep à æstimatione manumitteretur servus. Nam Jurisconsulti utriusque sua interpretatione in diversis temporibus constituerunt; in primo tempore, ut jus accrescendi vigeret; in secundo, ut lenito juris accrescendi rigore per partis pretij dationem libertatibus prospiceretur. Imperator ergo Jurisconsultis debitum honorem propter hujus viæ inventionem non sine injuria detrahit, cum hujus partis pretij æstimationem ante eum non fuisse ausus sit affirmare.

Hujus nostræ conjecturæ judicium non leve præstat Ulpianus in l. si servus communis 18. ff. de vulg. & pupil. substit. ubi hanc speciem proponit: *Quidam decedens substituit impuberi filio suo servum, qui erat communis testatoris, & alterius tertij; eique servo reliquerat libertatem: An iste servus pupillo necessarius hæres futurus sit, quærit Ulpianus? Videbatur dicendum illum esse necessarium hæredem, quia substitutus erat servus, qui erat testatoris tempore, quo testamentum fecerat testator & decesserat; quod requiritur, ut hæres necessarius servus sit §. 1. in f. de hered. qual. & differ.* Tamen Consultus respondit sub distinctione, quod si antequam decessisset testator servum redemisset, futurus esset pupillo necessarius hæres; si vero ab impubere ipso redimeretur, non sit futurus necessarius hæres, sed voluntarius: Et quia rem magni momenti se constituere videbatur in testimonium suæ sententiæ adducit auctoritatem Juliani. Uterius quærit, quid constituendum foret, si servus ille non fuisset redemptus neque à patre, neque à pupillo ipso: Et respondit, æquitatem rationis suadere, ut si servus alterius partis æstimationem solveret socio, tunc possit acquirere servus & hæreditatem, & libertatem: Ergo ante Justinianum constitutum erat, ut servo communi per unum dominum datâ libertate, alteri domino pretium suæ

partis daretur: Et sic servus libertatem plenissimam consequeretur.

Ad idem apertissimè facit quod scribit Julianus in l. duobus 30. ff. de liber. cau. ubi proponit; quod duo in diversis judiciis servum pro parte petebant: Servus in uno judicio liber, in altero servus judicatus est: An in hac specie servus vel omnino liber propter unum judicium, et omnino servus propter alterum habendus sit, quærit Consultus? Et prius ex commoditate respondens ait, *Commodissimum est eo usque cogi iudices, donec consentiant: Si vero iudices consentire nolint, quid statuendum sit, adhuc quærit? Et quia res valde dubia sibi visa fuit, refert Sabini sententiam existimantis, servum duci debere ab eo, qui vicisset: Cujus sententiæ præceptorem esse Cassium agnoscit, & se etiam illam amplecti Julianus fateatur, reddi: que rationem in his verbis: *Cujus sententiæ Cassius quoque est, & ego sum: Et sanè vitiosum est arbitrari eum pro parte animi duci, pro parte libertatem ejus tueri, d. l. alieno 31. §. 1. ff. de fideicom. libertat. l. qui gravi & seqq. de jur. codicil.* Cujac. lib. 19. quæst. Papin. in d. l. qui gr. u. Joan. daut. de testam. num. 150. Hæc ita Julianus respondit attento stricto juris rigore; ex æquitate tamen aliud decernens, commodius esse favore libertatis liberum quidem eum servum esse; compelli tamen pretij sui partem victori suo præstare. Jam ergo Julianus antiquæ jurisprudentiæ non vulgaris præceptor hanc viam de pretij datione suo tempore introductam reliquit; & necesse non fuit ut eam introduceret quasi novam Imperator Justinianus.*

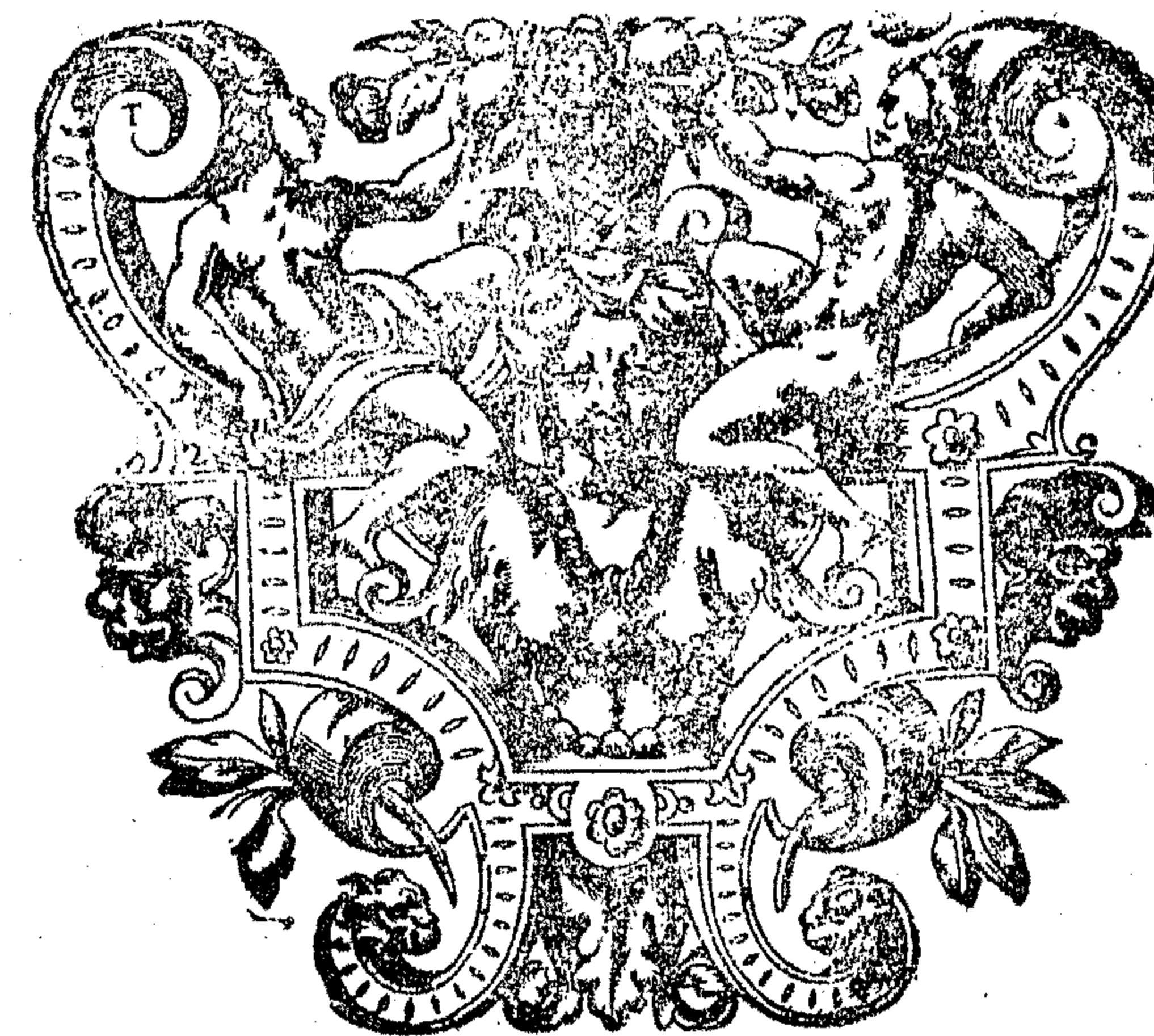
à Proposito nostro non multum distat text. in l. 17. is qui 4. §. sed si duo 13. ff. de manum. ad cujus intelligentiam notari oportet. servum illum, qui suis nummis emitur, consequi libertatem ex Epistolâ Divorum Fratrum ad Ubinum Maximum dicit. l. is qui, in princ. ff. de manum. Nanc quærit Ulpianus in d. §. sed si duo, an constitutio illa Divorum Fratrum cesset, quando duo servum redemerint; alter propriis suis nummis, alter vero nummis servi? Et postquam respondit constitutionem cessare, hanc distinctionem adhibuit: *Nisi forte is, qui propriis nummis redemit, manumittere fuerit paratus.* Ostendens nobis in ea specie sufficere, ut qui propriis nummis redemit, manumittat; & tunc non debere pretium alterius partis præstare alteri, qui nummis servi eum redemit; quia per illam emptionem, quæ imaginaria tantum est, & non vera respecta illius qui servum emit, non propriis, sed servi ipsius nummis, non fuit emptor factus dominus verus redempti servi. Itaque cum solus esset dominus is, qui propriis nummis servum redemit; in eo casu, quo ipse manumitteret servum, rectè Ulpianus asseverat, non cessare constitutionem, quia cum dat ille dominus ex sua parte libertatem, ex altera parte servus suis propriis nummis invenitur redemptus, licet ab alio redemptus fuit: Nam ut constitutio illa competere possit, nihil interest, an servus se ipsum, an vero alius ipsius pecuniis eum redimat, d. l. is qui §. ergo 7. & §. nihil 8. ff. de manum. Quod diversimodè dedisset Ulpianus, si duo propriis nummis servum redemissent: Nam tunc servus fieret communis: Et idem si ei per unum ex dominis libertas daretur, non competere, antequam alteri pretium suæ partis præstaretur. Quibus omnibus apertissimè constat, Imperatorem Justinianum in §. erat olim institut. de donat. actum egisse, & gloriam acti Jurisconsultis antiquis debitam sibi præcipuisse.

Superioribus obstat videtur text. in l. si pater 4. §. 18. minor.

minor. 2. ff. de manum. vind. ubi ait Julianus, quod minor viginti annis dominus nec communem quidem servum sine consilio rectè manumittat: Ergo à contrario sensu, qui sine consilio manumittere non potest, cum consilio manumittet: Sed tunc nulla fit mentio de præstanda æstimatione pro parte socij, neque illa præstanda est: Ergo sine pretio, & æstimatione partis, antiquitus servo communi per unum ex dominis libertas data competebar. Sed huic difficultati breviter respondendum est in dict. §. minor. non agi de manumittendo servo communi per unum ex sociis altero socio repudiante (quod est tota causa disputationis præcedentis), sed agi de eo casu, quo uterque manumittere volebat: Tamen quia alter ex illis minor viginti quinque annis erat, cui per legem Æliam Sentiam manumittere servum sine consilio prohibetur; idem dicitur nec servum quidem communem minor abque consilio manumittere posse. Rationem dubitandi illud faciebat, quod per judicium alterius consocij, qui major viginti annis erat, suppleri poterat levitas judicij minoris, qui nondum

vigesimum annum adimpleverat: Sed neque hoc ex Ælia Sentia permittit, quæ immediatè in omnibus servis tam absolutè propriis, quam communibus obstat minoribus voluit, nè sine consilio libertates præstarent Ant. Fab. in jurispr. Pap. tit. 6. princ. 6. ill. 2. Sicut etiam contingit in l. etiam 15. §. pen. ff. eod. tit. de manum. vind. quam etiam explicat ipse Faber d. tit. 6. princ. 7. illat. 12. Et hæc contra Imperatorem Justinianum modestè dixisse sufficiant.

Tamen, ut tantæ Imperatoris Majestati detractum obiter honorem restituamus; accipite causam, quare in mutis institutionum locis, sicut & in hoc Paragrapho erat olim, gloriam laudis propter inventionem constitutionem Justinianus sibi soli, neglectis Jurisprudenteribus, soleat adrogare. Et cum hoc dixisset, cimbali sonitus nè promissum adimplerem impedimento fuit; quicumque vero curiosus nobiscum agens hujus rei rationem scire desideraverit, videat quæ copiosè à nobis scribenda sunt infra lib. 5. cap. 7. num. 3. & seqq. usque ad finem.





DE
A P I C I B U S
 JURIS CIVILIS
 Liber Tertius.

*QUEM SUBTILE COMMENTARIUM AD
 Tit. de præscr. verb. novo lumine splendescere facit.*

CUM Josephus Fernandez de Retes in inclita Salmanticensi Academia Juris Civilis Doctor & vespertinis horis Antecessor perpetuus commentaria ad tit. de præscr. verb. (inter plurima alia opera) scripserit, supervacuum & omni ex parte videbitur inutilis labor, si ad eundem titulum alia commentaria velimus adhibere: tot enim, ut ipse de se fatetur lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 1. in princ. quem anno Domini 1650. edidit, singularia addidit, ut vix quidquam videatur à nobis posse delineare, quin de illius ingenij fructibus studentium mentes alantur. Tamen, qui ferè in omnibus circa hunc tractatum de contractibus innominatis discordes animos omninò habemus; judicium nostrum etiam nos apud prudentes jurisprudentiæ Magistratos examinandum libenter exhibemus.

CAPUT PRIMUM.

An Titulus de præscr. verb. & in fact. actionib. correspondeat ordini omnium actionum, quæ ex quacumque causa in jure nascuntur? Et quis dicatur contractus incertus; & an certam contractus incerti habeant formam, ex qua nascatur directa actio, an verò utilis?

SUMMARIUM.

- 1 Summa omnium actionum explicatur ex l. 25 §. 1. ff de oblig. & action. & num. seqq. Omnes actiones vel sunt ex contractu, aut ex facto, vel in factum. Actio præscr. verb. correspondet superiori actionum divisioni.

- 2 Nulla præscr. verb. actio est, quæ non sit vel ex contractu, aut ex facto, vel in factum. Explicatur text in l. Labeo 19. ff. de V. S. Nulla actio sine contractu, nullus contractus sine conventionione esse potest. Conventio per se donec res sequuta sit, magis facti est, quam juris. Omni ex contractu actioni inest actio ex facto, non verò è contra. Factum unius tantum persona est: conventio nisi saltem duorum esse nequit.
- 3 Omni ex facto actioni inest actio in factum. Idem contingit in omni ex contractu actione, nam ei inest actio in factum. Actio in factum omnium actionum ultima, & simplicissima est. & num. seqq. An actio in factum concurrat cum actione ex contractu, vel ex facto: Actio in factum exercetur, quando alie actiones cessant, vel eis renunciaverit actor Non omni actioni in factum inest etiam ex facto, vel ex contractu actio. Omnes actiones ex contractu, vel ex facto directæ

- 3 Actio in factum omnium actionum genus est, & de omnibus illa dici potest. Nihil est in actione in factum, quod non sit in actione ex contractu, vel ex facto, non è contra. Actiones ex contractu, ex facto, vel in factum gradatim una altera minor est.
- 4 Supradictæ species actionum omnium actionum summam, & regulam continent. De actione ex contractu ut generaliori primo agitur. Duplex est contractus, vel certus, vel incertus. Certus est qui apud quemque populum nomen habet à jure civili prædium. Incertus, qui nullum nomen habet, quo ejus natura possit significari. Contractus incertus loco nominis significatur certa aliqua infallibili demonstratione. Ex hac contractuum differentia nascitur differentia actionum certarum, & incertarum. Actio, quæ nascitur ex contractu incerto appellatur actio præscr. verb.
- 5 Nomen præscr. verb. convenit omnibus actionibus, et si proveniant ex contractibus certis. Tangitur obiter l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. compositi. Quando dicimus actionem empti, locati, &c. præscribimus verbum contractus, ex quo nascitur. Quare actiones provenientes ex certis contractibus non appellantur præscr. verb. Cum deficient nomina specialia contractus, confugimus ad alias demonstrationes conventionum. Explicatur l. 3. & 4. ff. de præscr. verb. Quare contractus aliqui sint nominati, & aliqui sine nomine existunt? Res sunt infinitæ, voces vero aptæ ad verum significationes finitæ.
- 6 Postquam nomen generis præscriptis verbis abiit in species contractuum nominatorum, genus suam quandam constituit speciem. Explicatur text. in l. 7. §. 1. de pact. & adducitur exemplum elegans ad explicanda superiora. Jurisprudencia præcepta honestè vivere, alterum non lædere, jus suum cuique tribuere, explicantur. Preceptum honestè vivere alia duo, ut genus species, comprehendebat. Postquam illud præceptum abiit in alias duas certas species, nomen generis retinuit specialiter sumptum. Illud quod permissum fieri non potest, frustra prohibetur.
- 7 Quare contractus incertus dicatur proprius in l. 19. de præscr. verb. l. 27. de pignor. action. §. 2. instit. de locat. & cond. & n. 9. Idem de legato dicitur, & de aliis negotiis, quæ propriam speciem faciunt. Plurima ad id probandum adducuntur exempla. Explicatur l. 2. §. 3. & §. 12. ff. de orig. jur. Plura nomina, quibus significantur contractus incerti, remissivè referuntur. Contractus innominati tam realiter sunt contractus, ac nominati. Omni juri gentium inesse jus civile ostenditur.

- 8 Quare contractus innominati dicantur contractus incerti? Actio præscriptis verbis postquam subsit causa obligationis, oritur ex præscripta lege conventionionis. Hæc actio directa est, & quare dicatur actio præscriptis verbis, ostenditur. Actio præscriptis verbis omninò est formula ex contractuum judicium præscriptum continens. Explicatur l. 47. §. 1. ff. de negot. gest. l. 8. ff. de præscr. verb. l. 6. C. de transact. & n. seqq. Certa actiones ex contractu certo formulam etiam continent deductam ex re specialiter acta. Differentia levissima actionum assignatur. Explicatur l. 7. §. 1. & 2. de pact. & num. sup. & l. 5. §. 2. in fin. & seqq. de præscr. verb. & cum seqq.
- 9 Argumento à paritate probatur, actionem præscriptis verbis directam esse. Contractus innominatus in sua propria specie est contractus certus, & quare. In contractibus certis nascitur directa actio ex eo, quod aperta est conventio; non ex eo, quod nomina habeat. Contractus certi, antequam nominati fierent, producebant actionem ex pactione sola. Explicatur l. 7. §. 1. ff. de pact. ejusque verba ponderantur. Explicatur l. in emptionibus 43. eod. tit.
- 10 Inter contractus nominatos, & innominatos nulla juris differentia, & num. seqq. Explicatur l. 80. ff. de regul. jur. Id quod certius est, magis jus est, quia magis ad speciem directum est. Actiones præscriptis verbis ad certam pactionis speciem directæ sunt. Actiones præscriptis verbis sunt certa, licet proveniant à contractibus incertis. Certum dicitur, quod infallibili demonstratione voce nominis postea significatur. Explicatur l. Labeo 7. §. 1. de super. legat. l. 18. §. 3. de instr. vel instr. legat. Quare in l. 18. ff. de legib. dicitur scire leges non esse verba earum tenere? Explicatur l. 90. de legat. 3. l. 34. de cond. & demonstrat. l. 24. de manum. test. l. 6. de reb. cred.
- 11 Contractus certi ab incertis differunt tantum modo demonstrationis. Traditur definitio contractus incerti ex l. 7. §. 2. ff. de pact. Contractus incerti non sunt contractus ad exemplum certorum, sed per se; & per se pariunt actionem.
- 12 Superioribus ostenditur dict. l. 6. C. de transact. ubi actionem præscriptis verbis utilem esse dicitur. Illius textus difficultas dissolvitur, & locus, quo fusus explicatur, assignatur. Auctoritas verbum utilitatis significat interesse ut in l. 2. de æstim. act. l. 38. §. 21. ff. de V. O.
- 13 Precarium contractum esse ostenditur ex l. 22. de regul. jur. l. 2. §. 2. l. 19. §. fin. ff. de precar. Actio præscriptis verbis sine conventionione expressa oriri non potest. Dicitur

- Dicitur directum, quod profuit ex suo principio, & nascitur ex verbis, non ex mente verborum.
- Precarium sine expressa conventionione de reddenda non est contractus.
- Precarium ubi non precessit illa conventio, magis donatio est, quam contractus.
- Explicatur l. 14 ff. de precar. l. 14. §. de furt. l. 7. §. 4 ff. comm. divid.
- Actio præscriptis verbis, excludit interdictum de precario.
- Explicatur l. 15. §. 3. de precario l. 1. §. 2. de rei vindicat. l. 1. in princ. & §. 1. de publician. in rem action. l. 1. si mensor fals. mod. dixer. l. 28. de legat. 1. l. 1. §. 5. quod legator. l. 3. de sent. pass. & restitut.
- Verba l. 2. §. 2. de precar. quæ ex bona fide oriuntur, explicantur.
- Varie interpretationes Doctorum ad conciliandas dictas leges reprobat.
- 14 Precarium, in quo intervenit conventio de reddenda re contractus incertus est.
- Quare in precario nascitur actio præscriptis verbis, ostenditur.
- Iterum perficitur explicatio, d. l. 2. §. 2. & l. 19 §. ult. ff. de precar.
- Explicatur l. 1. §. ult. l. 17. §. 2. l. 23. ff. de præsc. verb.
- 15 An concurrere possit precarium interdictum cum actione præscriptis verbis?
- Affirmativam sententiam sequuntur, Anto. Fab. & alij interpretes.
- Illam probare videtur, d. l. 2. §. 2. l. 19. §. fin. de precar. ejusque verba referuntur.
- Illius §. diffinitas dissolvitur, & negativa sententia vincitur.
- Quare in dictis locis utrumque tam interdictum, quam actio præscriptis verbis dari videatur?
- Quæ dubitationis tollenda causa designata sunt, jus commune non cadunt.
- Explicatur, l. 1. §. 4. ff. quod legat. ejusque verba referuntur.
- Proponitur species, l. 13. §. fin. Digest. commodati.
- Ubi directæ actioni locus est, multò magis interdicto locus erit.
- Explicatur lex 25. §. 5. l. 43. Digestis locati.
- Cui competit actio, eidem multò magis exceptio dabitur.
- In diversis personis interdictum de precario, & actio præscriptis verbis, concurrere possunt.
- Quando alteri usus, alteri usufructus legatur, fructuarius in usu concurrat; non verò de contra.
- In una persona interdictum illud, & actio præscriptis verbis concurrere non possunt.
- Explicatur lex 14. §. 2. de usu, & habitat.
- De dotis datione idem, quod de precario festinandum esse demonstratur.
- Explicatur lex 10. Codice de pact. l. 1. Codice de pact. convent. tam super. dot.
- Dotis datio appellatur contractus, in l. 23. de regulis juris l. 6. Codice de jur. dot. l. unica Paragrapho 13. Codice de rei uxor. action.

Summa omnium actionum est illa, quæ ab Ulpiano traditur, in l. actionum 25. §. 1. ff. de obligat. & action. nempè, quod vel ex contractu sunt, aut ex facto, vel in factum: Quibus actionibus comprehenduntur præscriptis verbis, & in factum actiones. Nulla enim est actio præscriptis verbis, quæ eadem non sit ex contractu, vel ex facto. Actio verò in factum, de quo etiam agitur, in iur. de præf. verb. correspondet tertio membro divisionis ab Ulpiano addito in illa distinctione actionum. Quibus etiam respondet quod ex Labeone ipse Ulpianus tradit in l. Labeo 19. ff. de verb. signif. puta, quod quædam agantur, quæ tam gerantur, quædam contrahantur. Itaque in omni actione ex contractu præcisè ita conventio, & ei actioni inest, quia nulla actio ex contractu nascitur, nisi ex præcedente contractu, & nullus contractus esse potest, qui non habeat conventionem, l. 1. §. conventionis ff. de pact. ibi: Nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, & ita omnis contractus conventio est, l. juris gentium 7 in princ. & §. ff. eodem tit. Donnell. lib. 12. comment. jur. civil. cap. 7. Oluvald. ibi liter. A. Conventio verò per se considerata magis facti est, quam juris donec res, vel stipulatio sequuta sit l. concilio 7. §. ult. ff. de curat. sur. l. promisse. & tot. tit. C. an servus pro suo fact. post. manum. teneat. facit, l. divisionis 45. ff. de pact. & conventioni res, vel stipulatio subsequuta magis addit, quam detrahit, ut aperte colligitur, ex dict. l. divisionis. Unde adversus eum, qui acceperit, vel stipulanti promiserit ex eo, quod acceperit, vel stipulanti promiserit, actio ex eo facto datur, non minus, quam si ex maleficio teneretur, dict. l. actionum 25. §. 1. ff. de obligat. & actio. Ideoque omni ex contractu actioni inest actio ex facto non verò de contra omni ex facto actioni inest etiam est contractus actio. Ratio hujus difficultatis non obscura est, quia propriè factum unius tantum personæ est; contractus verò, aut conventio nisi duorum saltem, vel plurium in unum convenientium nullatenus esse potest, l. 1. §. & est pactio 2. ff. de pact.

Uterius omni ex facto inest etiam in factum actio, idemque contingit in actione ex contractu, quia huic etiam inest actio in factum; ex eo, quod actio in factum omnium actionum simplicissima est, & ex æquo, & bono nascitur. Nihil enim tam æquum, & bonum est, quam teneri eum, qui egit, ut teneretur: Id hæcque specialiter egit is, qui teneretur, dict. l. 1. ff. de pact. Ex quibus, ut gradatim fiat clarior explicatio harum actionum, sic ordo earum computandus est. Actioni ex contractu inest actio in factum, quia nihil agitur in contractu, cui factum non inest necessario, (idem dicendum est in actione ex facto,) & ubicumque factum intervenerit, datur actio in factum: Non tamen hæc actio concurrat cum actionibus ex contractu, vel ex facto: illa enim exercetur quando aliæ actiones cessant; vel etsi iterint, eis renuntiaverit actor, & maluit hac actione simplicissima in factum, agere, quam aliis actionibus experiri. De qua plurima non vulgaria diximus supra lib. 2. cap. 6. in explicatione, l. ult. ff. de cond. ear. dat. ear. non sequit. Itaque non omni actioni in factum inest etiam ex facto, aut ex contractu actio. Ratio est, quia actiones ex contractu, & ex facto directæ sunt, ex jure gentium, vel civili descendentes; quo jure qui contrahit, vel deliquit, obligatur. In factum verò actiones sunt utiles, id est, non sunt directæ ex verbis, vel conventionibus juris gentium provenientes; sed sunt similem tantum utilitatem habentes, qualem habent directæ, l. quia 1. ff. de præf. verb. l. &

& eleganter 7. §. si servus 4. ff. de dolo, l. actio 47. Digest. de negot. gestor. §. ceterum 16. Instit. de leg. Aquil.

Itaque hæc actio in factum simplicissima (ut dixi) & generalissima est, quæ omnium actionum genus est: Ideoque illa de omnibus aliis actionibus dici potest; veluti in actione ex contractu est actio in factum; similiter in actione ex facto includitur ipsa actio in factum: Tamen de hac actione in factum non omnes aliæ actiones dici possunt; veluti est actio in factum. Ergo in ea est actio ex contractu, vel ex facto; id est, nihil est in actione in factum, quod idem etiam non reperitur in actione ex contractu, vel ex facto; non verò de contra. Actio ex facto hoc plus habet, quod non habet actio in factum nempè quod sit directæ ad certam personam ex certa lege, vel alia specie juris, ut ait Ulpianus in dict. l. actionum §. 1. ff. de obligat. & action. ibi: Ex facto actio est, quoties ex eo teneri quis incipit; quod ipse admisit, veluti factum, vel injuriam commisit, vel damnum dedit. Ex contractu actio hoc plus habet, quod non reperitur in actione ex facto, scilicet quod ultra citòque sit obligatio, simulque actio, l. Labeo ff. de P. S. quatenus actum sit inter duos, vel plures l. 1. §. 1. ff. de pact. Et idè in actione speciali in factum minus est, quam in actione ex facto: In actione ex facto minus quam in actione ex contractu: Actio verò in factum genericè sumpta contractus potest oriri ex contractu, & ex facto potest dici de utraque alia actione: Nam qui convenitur ex contractu, adversus eum datur actio in factum, quia si factum conventionis non adesset, nulla actio daretur; nullum enim tunc factum inveniretur, ob quod dari posset. Idem circa actionem ex facto philosophandum est: Ex hæc omnia sic diligenter observanda sunt, quia in his consistit omnis subtilitas, & recta intelligentia tractatus de contractibus innominatis.

Hæc tres actionum species omnium actionum summam, & regulam continent: Ita, ut aliæ sint aliis generem, vel species. Et aliæ directæ, vel subsidiariæ aliis. Videamus primum de actione ex contractu observandum ordinem, quem ipse Ulpianus servat, in dict. l. actionum 25. §. 1. de obligat. & action. ubi primo loco agit de actione ex in contractu, in secundo de actione ex facto, & in ultimo de actione in factum: Incipit enim de generosiori actione, quæ quasi secundior, aliæ ex facto, & in factum actiones continet; & habet proprium quid, sibi que speciale, quod non conveniat cæteris duabus. Omnes actiones sunt ex contractu, vel non contractu: Contractus est duplex, certus, & incertus: Certus contractus dicitur ille, qui habet certam nomen proditum à jure civili apud quemque populum, veluti emptio, venditio, locatio, conductio, pignus, stipulatio, &c. l. 1. §. ult. l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. Doctor Josephus Fernandez de Retes dict. lib. 2. opus. sect. 1. cap. 1. num. 2. cum multis ab eo adductis, incertus contractus est, qui nullum proprium nomen habet, quo ejus natura possit significari, sed tantum contractum esse vice nominis ostenditur, & significatur certâ aliqua, & infallibili demonstratione, de qua scripsi supra lib. 2. cap. 6. num. 4. & seq. Ex hac contractum differentia nascitur etiam differentia actionum, nam ex contractu actiones, aliæ sunt certæ, aliæ verò incertæ: Actiones certæ, veluti actio ex empto, & vendito, locato, conducto, & similes: Incertæ actiones dicuntur illæ, quæ nomen accipere ex contractu non poterunt, quia nascuntur ex contractibus, qui nullum nomen habent: Tamen loco nominis propriâ demonstratione rem gestam demonstrando significantur nomine gene-

ris, vocanturque actiones præscriptis verbis, ut aperitissimè constat ex l. cum nota 6. Codice de transfact.

Omnium enim actionum, quæ ex omnibus contractibus tam nominatis, quam innominatis nascuntur, hoc nomen præscriptis verbis est, omnibusque illis universaliter convenit, quia æquè omnes dantur ex præscripto contractus; id est, ex certa lege, seu certa conventionione, l. si fundum 2. C. de pact. inter empt. & vendit. composit. circa cujus explicationem vide quæ dicam infra hoc lib. cap. 7. num. 4. & 5. Itaque cum diximus actionem empti, venditi, locati, conducti pro socio, depositi, commodati, mandati, & similes; nihil aliud, quam verbum contractus, ex quo eo actio nascitur, præscribimus: Illam tamen actionem non appellamus actionem præscriptis verbis, generale nomen contractuum ei actioni applicando; sed vocamus eam nomine proprio contractus, à quo oritur, ut discernamus ex quo speciali contractu datur, argum. text. in l. qua conditio 39. ff. de cond. & dem. monstr. vide quæ dixi supra d. cap. 6. num. 4. Uterius in actionibus ex contractu descendentes, & in ipsi contractibus, ex quibus illæ actiones nascuntur, cum deficient vulgaria, & usitata nomina; necessario confugimus ad aliam demonstrationem, quæ vice nominis sit; vel ad generale omnium contractuum, & incertum nomen, quale est præscriptis verbis, recurrimus, text. in l. in quam 3. ff. de præsc. verb. cujus verba hæc s. n. i. In quam necesse est confugere, quoniam contractus existunt, quorum appellationes nulla jure civili prodita sunt, facti enim accidunt, ut jure civili inventa essent alia negotia frequentiora, & ad usum communem magis necessaria, & contractus ad commercium humani generis magis utiles, quibus idè citius imposita nomina fuerunt apud quascumque civitates, & cives. Alia verò, ut minus necessaria, minus frequentiora fuere, quibus idè nondum speciale nomen impositum est: Et ita naturâ conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula, l. natura 4. ff. eodem tit. Humani enim juris conditio in infinitum decurrit, & quovis die proferat novas edere formas, ait Justinianus in §. sed quia divina id. de confirm. Digestor. Ideoque res sunt infinitæ, voces verò ad eas significandas, quæ certâ ratione ab hominibus imponuntur, certæ, & finitæ sunt, ut docet idem Josephus de Retes dict. loc. num. 2.

Cæterum, sicut in quacumque alia juris parte contingit, ita etiam in contractibus innominatis evenit: Ut postquam nomen generis abiit in species alias certorum contractuum, veluti conventio absolute sumpta in species emptionum, venditionum, locationum, depositi, pignoris &c. ut docet Consultus in l. juris gentium 7. §. 1. de pact. tunc de eo, quod in genere incertus remansit, suam quandam de diverso speciem sustinere videtur. Hoc exemplo declarabimus apertius mentem, & conjecturam nostram. Justinianus tria jurisprudentiæ, seu artis æqui, & boni præcepta reliquit scripta in §. juris 3. Instit. de just. & jur. dicens, Juris præcepta sunt hæc, honestè vivere alterum non ledere jus suum cuique tribuere, & ea præcepta, quæ recitantur ad tria illa capita, gradus tanquam generum, & specierum continent. Primum præceptum honestè vivere, latissimè patet, idèque inest cæteris duobus, ut genus suis speciebus; non e contra illa alia duo præcepta insunt illi primò, nam honestè vivit, qui neminem lædit, & jus suum cuique tribuit; sed postquam illud præceptum primum abiit in alias duas certas præceptorum species, summi generis nomen retinuit specificè sumptum, & distinctum ab aliis duobus præceptis: Nam præceptum honestè vivere secum

Secum solum quisque potest, & in eo præcepto non requiritur, quod sit alia persona præter eam, quæ honestè vivit ad hoc ut illud adimpleatur: Itaque soli non convenit prohibitio secundi præcepti, nè alterum lædat: Neque iustus tertii præcepti, ut jus suum cuique tribuat, cum nec si velit alterum lædere, vel jus suum cuique tribuere, id non possit, dum solus est; & ided frustra prohiberetur quod etiam permilsum fieri non posset: Frustra jus suum cuique tribuere juberetur, quod nec ullo iusto, dum non est altera persona; cui possit per alium jus tribui, possit adimpleri. Secundum præceptum specialius est, quam primum, dum in eo requiritur alia persona, quæ lædenda non sit. Minus speciale tamen est secundum præceptum, quàm tertium, quia secundum prohibitionem exigit, & cessando adimpletur: Et ita tertio præcepto inest quasi genus speciei; id est, qui jus suum cuique tribuit, etiam neminem lædit; non verò è contra qui neminem lædit, jus suum cuique tribuit. Tertium verò præceptum specialius est, quia præter alterius personæ consortium, & societatem, etiam tribuendi factum requirit, quia jubet, ut fiat. Itaque gradus præceptorum sunt ij: In primo præcepto sufficit honestè viventis persona sola: In secundò duæ saltem requiruntur, illud tamen consistit in non faciendo: In tertio præcepto tot saltem requiruntur personæ, ac in secundo: Tamen in tertio hoc plus exigitur, ut aliquid fiat, & detur; & quantum distat factum à non faciendo, distat tertium præceptum à secundo; idedque specialius est alteris duobus: Illud enim vocatur magis speciale, quod in sua specie habet aliquid amplius, quod in cæteris non reperitur. Eodem modo nomen genericum contractus, postquam abiit in diversas species certorum contractuum, remansit contractus incertus, qui suam quandam speciem nomine generis retento sustinet. Hæc præterquam quod ad propositum valde faciunt, quia eodem modo philolophandum est in his præceptis, ac fecimus supra in divisione actionum, ex dict. l. 2. §. 1. Dig. de obligation. & action. per se etiam utilia sunt ad juris præcepta inter se discernenda: Quod non bene fieri ab interpretibus video.

7 Ex his, quæ diximus, sine dubio provenit, ut contractus incertus dicatur quoque proprius, & propria actio illa, quæ ex illo oritur; quasi ex novo quodam proprio, & unica speciei negotio proveniat, cæterorum omnium negotiorum dissimili, & separato à reliquis similibus negotiis: l. rogasti 19. ff. de præsc. verb. l. petenti 27. ff. de pignor. action. §. præterea 2. instit. de locat. & cond. sicut de legato dicitur esse donationem quandam, in §. 1. instit. de legat. & passim de aliis negotiis, quæ propriam speciem faciunt distinctam ab aliis, l. in testamento 20. §. 1. ff. qui testam. facere poss. l. 1. ff. de obligat. & action. l. nunquam 31. §. 1. ff. de acquir. rerum domin. l. quod servus 36. ff. de stipulat. servor. l. quarundam 51. l. permisceri 52. §. species 2. ff. de acquir. possess. l. verum 63. ff. pro socio. l. si ut certo 5. §. si duobus 13. ff. commodati. l. ut vim 3. ff. de iust. & jur. l. si optio 3. ff. qui, & aquib. manum. liber. non fiant. l. quod si 17. §. idem rellè ait 10. ff. de edil. edil. l. 2. C. de postlim. revers. Lactantius Firmian. divin. institut. lib. 6. cap. 15. Stoici ergo furiosi, qui ea non temperant sed abscondunt, rebisque à natura insitis castrare hominem quodammodo volunt. Vide quæ scripsimus supra lib. 1. cap. 3. num. 4. Sic Jurisconsultorum interpretatio ad legem 12. tabul. in l. 2. §. his legibus latis. dicitur non propria aliqua parte juris civilis appellari proprio nomine, ut cæteræ partes, quæ propria nomina habent; sed appellari communi nomine jus civile. Deinde

in §. ita in civitate nostra 12. dist. l. de origi. jur. dicitur aut esse proprium jus civile, quod sine scripto in sola prudentum interpretatione consistit; & ea pars juris nomen generis tenuit ad speciem directam, ut de adoptione specifica dicitur, postquam adrogatio sibi nomen speciale adrogationis sumpsit. Plura nomina, quibus designatur contractus innominati, tradit Retes d. loc. n. 4. §. 11. Ex his manifestum est, contractus innominatos verò, & realiter contractus esse, quia cæteræ conventionis subit causa, ut ex Aristotele Ulpianus in dist. l. juris gentium §. sed est 2. ff. de pact. Ergo etiam certum est, obligationem, & actionem ex eo contractu esse, eamque obligationem, & actionem civilem esse, dist. s. 2. postquam omni juri gentium, ex quo proveniunt omnes contractus, l. in commodato 17. §. sicut 3. ff. commodati. l. proinde 33. Digest. de edil. edil. inest civile, circa quod plurima scripsimus supra lib. 2. cap. 2. n. 9. & s. 99.

Ex alio verò capite hic contractus innominatus & incertus est, quia tale negotium non est frequens, neque aded usitatum, ut nomen civile apud cives meruerit. Ulterius actio præscriptis verbis oritur ex ipso genere contractus; seu ex præscripta lege conventionis, cui causa subit ad contractum; ex eo dicta, quod directa sit, & ad iudicium præscripta: Nam actio directa ex negotio certo, vel præscriptis verbis debet esse illa, de qua dicitur prætor iudici in iudicio, l. actio 47. §. 1. ff. de negot. gest. Itaque præscriptis verbis actio omnino est formula ex contractu iudicium præscriptum continens, l. cum mota 6. C. de transact. l. dominus §. ff. de præsc. verb. Cæteræ actiones ex contractu certo provenientes eodem modo ac actiones incertæ formulam continent deductam de propria specie rei, quæ acta fuit, hac solâ differentiâ levissimâ observata, quod cæteræ actiones habent illam formulam uno verbo expressam, seu præscriptam, à qua sunt speciales; idedque specificæ cæteræ sunt. Actiones verò incertæ ex contractibus incertis descendentes non habent unum proprium verbum, quod specialiter exprimentur, vel præscribantur, sed unam tantum formulam, seu negotij, quod gestum est, narrationem sumptam in genere directarum actionum ex contractu descendenti. Itaque actio præscriptis verbis, excepto quidem certo nomine, non est minus directa, quàm qualicumque alia actio proveniens à certo contractu, ut probatur ex dict. l. juris gentium 7. §. 1. & 2. ff. de pact. ubi in versic. dedi tibi, conventionem interpositâ qua contractus constituitur innominatus, quærit Consultus, quæ actio danda sit ex illa pactione, postquam subit causa? Et Ulpianus refert, Celsum respondisse, in factum actionem à prætore dandam esse, quæ actio utilis est: Tamen ut verius addidit, Aristonem dixisse, dandam esse civilem incerti actionem; id est præscriptis verbis: Rationemque reddit, quia ex illa pactione factus fuit contractus, ex quo illa actio nasceretur, Idem docet Paulus in lege naturalis §. 5. ac cum do 2. in fin. & §. sequent. Digest. de præscript. ver.

Præterea non invenio, quare non sit directa actio præscriptis verbis, cum illa descendat ex certa contrahentium conventionem: Nam si directa nascitur actio empti, venditi, locati, conducti, &c, ex emptione, venditione, locatione, & conductione; non alia ratione, & causa, nisi quia supradicta negotia sunt contractus, & quod plus addi potest, contractus certi; non minus certus est unusquisque contractus innominatus in sua propria specie, quamvis certum nomen non habeat: Et ided sine dubio dicitur proprium

primum negotium, propria actio, postquam aperta est lex certa conventionis, cui causa subest, quamvis nominari proprio nomine non possit Et ita sicut in contractibus certis nascitur directa actio ob id solum, quod aperta est conventio eorum, qui contrahunt, idem contingit in contractibus incertis, in quibus aperta est etiam pactione contractus: ergo eodem modo in istis, ac in illis actio directa danda est: quia in istis, sicut in illis conceptio formulæ æqualiter observatur ad l. actio 47. §. 1. ff. de negot. gest. Hoc tantum inter utroque contractus interest, quod ex contractibus certis cæteræ actiones præter certam conventionem etiam habeant certum, & directum nomen: ex incertis verò contractibus incertæ actiones licet habeant certam conventionem, non habent speciale nomen, sed nomen generis tantum ad speciem directam, ut docui supra num. 6. nam in his non deficit res, sed solum verbum, quo illa facilius, & celeriter demonstratur. Lactant. Firmianus divin. institut. lib. 6. cap. 15. ibi: Unde apparet non illis rem defuisse, sed verbum: cuius in dignitate cum totum affectum qui est vel maximus, contra quam natura patere, asserere voluerunt. In contractibus certis nõ nascitur actio ex eo, quod certâ conventionem habeant, sed ex eo, quod certâ conventionem continent. Delcatus disputationis gratiâ nomen contractuum nominatorum emptionis, venditionis, locationis, & conductionis, &c. ex eo, quod nomina non habeant isti contractus, nascetur minus actio empti, & venditi, locati, & conducti directa, si forma emptionis, & venditionis, locationis, & conductionis inter contrahentes fuit observata tempore conventionis: Minimè quia non ex nomine, sed ex conventionem nascitur actio etiam in contractibus nominatis, in emptio. lib. 23. ff. de pact. solum tunc deficient nomina illis actionibus; & ita vocabuntur actiones præscriptis verbis: non enim habere possunt propria, & specialia nomina, cum ipsi contractus, ex quibus descendunt, sine nomine subsint. Alioquin antequam nomen, frequenter usu eorum contractuum vadente, eis imponeretur, quia nomine destituti erant, apud illum populum producebant actionem directam; & quod aliquando sine nomine speciali fuissent contractus, quos nunc nominatos vocamus, probat apertissimè text. in dict. l. juris gentium 7. §. 1. de pact. his verbis: Quæ pariter actionem, in suo nomine non stant (id est in nomine generis, quo omnes simul appellabantur contractus) sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio, venditio, locatio, conductionis, societas, commodatum, depositum, & cæteri similes contractus, ubi verba in suo nomine non stant, probant, antequam ad aliud nomen transirent, in suo nomine generis sitisse: ergo tunc non producebant actionem directam ex conventionem: inspiens valde esset, qui hoc fateretur, quia semper contractus isti ex directa conventionem directam jus agendi contrahentibus produxerunt, & præstiterunt, ut constat ex d. l. juris gentium 7. in princ. & §. 1. & nomen quod eis addit fuit, non efficit, ut actior produceretur obligatio neque actio magis directa, sed ut possent facilius cognosci, & brevioribus verbis distingui, & quod huiusmodi nomine sint destituti non debet tolli natura, & effectus contractuum innominatorum ob indigentiam verbi, ut cū Laet. Firmian. probavimus supra Eodem argumento contractus innominati stant hodie in suo nomine generis, sed in istis hoc amplius nunc reperitur, quod illud genericum nomen, non ut genericum, ut antea omnes habebant, sed ad speciem directam retineant: ergo non ex eo, quod deficiant eis

Hieron. Oroz, de Apicib. Jur. Civ.

specialia nomina, minus contractus erunt, ex quibus resalter obligatio, & actio directa. Itaque nulla inter contractus certos, & incertos juris differentia admittenda est, sed tantum differentia nominis.

Hæc verò levissimâ differentia motus nemo contractus certos, & incertos quoad formam contractus, & vim obligatoris distinctos facere potest: nam id omnibus contractibus commune est, quod tam nominati, quàm innominati sunt directi: primò, ex conventionem, quæ in singulis specialis est. In toto jure generi per speciem derogatur, & possimum habetur quod ad speciem directam est, ait Papi-nianus in l. in toto 20. ff. de regul. jur. id est, id quod certius est, magis jus est, quia certius est: Nam omnino jus est id quod certum, & finitum est: certum verò unumquodque est, quatenus speciale est, seu ad speciem directam: sed actiones præscriptis verbis non minus ad certam conventionem speciem directæ sunt, quàm actiones cæteræ ex certis contractibus provenientes: Ergo actiones præscriptis verbis sicut cæteræ, licet proveniant ex contractibus innominatis, Minorem probo, ad hoc ut nascatur actio præscriptis verbis, exigitur, ut certa sit conventio, unde formetur actio, ut supra passim probavimus ex l. 1. §. conventio-nis 3. l. juris gentium 7. ff. de pact. neque solû id dicitur certum, quod certo nomine demonstrari potest, sed etiam id, quod propria demonstratione, quæ vicem nominis habet, infallibiliter potest designari: nihil interest, an res de qua agitur, proprio nomine, aut digito ostendatur, aut vocabulis demonstretur. l. Labeo 7. §. Servius 2. ff. de supp. ll. leg. ubi: Nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis, l. cum delationis 18. §. item c. c. c. v. 3. ff. de instr. vel. instrum. legat. Ided dicitur scire leges non hoc esse, verba earum tenere, §. scire 17. ff. de legib. Anton. Fab. in juris Papi. tit. 2. princ. 6. in princ. Itaque nominatum relictum fuisse legatum creditur quando à quo, & cui relictum sit, intelligatur, licet nomen pronunciatum non sit; l. nominatum 20. ff. de legat. 3. l. nominatum 34. Dig. de cond. & demonstrat. Paul. lib. senent. 4. tit. ult. l. nominatum 24. ff. de manum. testam. l. certum 6. Digest. de reb. cred. ibi, Certum est cuius species, vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fingitur, qualis, quantaque sit, ostenditur: Nam, & Papius libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus nomen vice fungatur, quæ tantumdem præstent: Sed contractuum incertorum substantia, quæ in conventionem contrahentium sita est, evidenter demonstratur solâ narratione facti, leg. in quum 3. & tot. tit. ff. de præsc. verb. Ergo quantum attinet ad substantiam actionis directæ tam directo modo ex conventionem nascuntur actiones ex contractibus incertis, quàm ex contractibus certis.

Denique Contractus certi à Contractibus incertis differunt tantum modo demonstrationis: illi unico verbo demonstrantur veluti emptio, venditio, locatio, conductionis, &c. quia unico verbo eorum substantia explicatur: Isti verò pluribus verbis indigent ad sui explicationem, & ad demonstrandam conventionem, qua subsistunt, quia ullum certum nomen non habent: Itaque hæc differentia quæstionem nominis tantum facit, nam in cæteris, quæ juris sunt, omnino pares sunt utrique contractus. Hæc summa regula in actione præscriptis verbis observanda est, ut in ea satis sit, quod sit contractus, ex quo resalter: & sufficit, quod sit contractus ad hoc ut jus, quod ex eo contractu nascitur, certum,

R

certum, & finitum sit, & quod ultra citroque obligatio directa nascatur. Definitio vero contractus innominari hæc est conventio certa cui causa subest: illaque deducitur, ex d. l. juris gentium 7. §. sed etsi 2. ff. de pact. ibi: Subsit tamen causa. Unde etsi non sint certa nomina singulorum contractuum, qui conveniunt huic definitioni, ut ferè accidit, quia sunt innumerabiles res singule, quibus omnibus dare nomen non sufficimus; non tamen ex eo minus certi sunt, cum qualibet demonstratione ejus, quod actum est, rectè & infallibiliter demonstrantur, & adfigentur. Itaque contractus incerti non sunt contractus ad exemplum contractuum certorum, sed per se: ita, ut per se pariant actiones præscriptis verbis, qui contractus certus non magis contractus est, quam contractus incertus: & valde absurdum est, ut quod quisque contractus per se habet, id illi auferatur, & aliunde sibi mutare ob interpretum culpam faciamus.

Restat, ut removeamus objectionem, quam non vulgarem facit his, quæ supra diximus de directa actione danda ex contractibus incertis, text. in l. cum mota 6. C. de transact. in fin. ubi affirmari videtur, actionem præscriptis verbis non esse directam, sed utilem: nam in ea re hæc scripta in d. l. reperiuntur: Si omnia verborum obligatio sit, nullis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. Sed breviter respondendum est in illis verbis non dici, illam actionem utilem esse: ita, ut sit opposita directæ actioni, & quod sit illa quæ nascitur ex æquitate, quando deficit directa actio ex ipso contractu, seu ex delicto resultans: si res tuas 8. C. ad exhibendum, l. 1. & 2. ff. de obligat. & act. l. pen. ff. de tutel. & ration. distrah. l. si delegatio 3. C. de novat. l. quia 1. ff. de præsc. verb. l. qua actione 7. §. proinde 3. & §. Celsus 6. ff. ad leg. Aquil. Neque interpretandum est verbum, nullis in d. l. cum mota, sicut in aliis juris partibus intelligitur, & nos aliquando interpretati sumus, l. 2. de estimat. action. & l. stipulatio 38. §. si quis insulam 21. ff. de verb. oblig. utilis; id est utilitatem continens; hoc est, interesse, sic docente, Anton. Fab. in ration. ad d. l. 2. & Joann. Borcholt. de P. O. cap. 4. quia sæpè utilitatis nomine designatur id quod interest, l. Julianus 9. §. præterea ultim. ff. ad exhibendum, l. proinde 2. & seq. ff. ad leg. Aquil. l. si sterilit. 21. §. cum per venditionem 3. ff. de action. empt. sed sic illud verbum intelligendum est, ex eo dici utilem actionem præscriptis verbis, in d. l. cum mota, quia contractus, ex quo nascitur, directus ad genus tantum, contractus est, ut incertus contractus, cui non est certum nomen: itaque ex eo nascitur actio præscriptis verbis. Unde, cum generis nomine retento, in his contractibus oritur hæc actio; idè dicitur utilis, quasi sit subsidiaria suæ speciei, ut est omne genus. Et hoc sensu accipitur, in d. l. cum mota, verbum utilis, de cuius legis explicatione copiosius agemus infra hoc lib. capit. 12. num. 11. & seq. & de questione, an præscriptis verbis actio sit directa, vel an sit utilis: Tractabimus abundè infra capite 4.

Preclarium etiam contractum esse expressum habemus in l. contractus 23. ff. de regul. jur. ubi enumerans contractus, qui dolum solum recipiunt, ait Consulutus, dolum tantum depositum, & precarium: Et idè ex eo, ut ex verò contractu datur actio præscriptis verbis, l. duo 19. §. ultim. ff. de precar. ibi: Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti posthumus, sed & incerti conditione, id est præscriptis verbis, l. ait prator 2. §. & naturalem 2. ff. eodem tit. ibi: Non solum hoc interdicto uti possimus,

sed etiam præscriptis verbis actione, quæ ex bona fide oritur: Ratio est, quia conventioni subest traditio rei: quæ duo requiruntur ad constituendum contractum incertum: Et illa conventio debet esse expressè concepta inter contrahentes de re restituenda: Nam actio præscriptis verbis, quæ idem est actio ex conventionione directa, sine expressa & speciali conventionione esse non potest. Directum id solum est, quod proficit, & dimanat rectè viâ ex suo principio, & quod nascitur ex ipsis verbis, non ex mente verborum per interpretationem extensâ: Sed actio præscriptis verbis ex expressa conventionionis formula sticè proficitur, nullo modo adjuvata ex nuda sententia: Ergo directa est. Porro nulla potest esse actio directa ex nuda sententia: At omnis præscriptis verbis actio directa est: Et directum nihil esse potest, ubi id, quod nascitur, expressum non est, veluri ex contractu non esset directa actio, nisi specialiter, & expressè convenissent Ex quibus manifestè apparet, precarium sine expressa conventionione de reddenda re, contractum non esse, neque ex eo oriri aliquam civilem actionem, sed quod oritur, interdictum est: Quia sine conventionione expressa precarium ad donationem, & beneficij causam declinat: Et hic est proprius casus, in quo datur interdictum solum quia sine conventionione precarium non porrigitur ad contractum: Non enim constitui potest contractus in precar. nisi præcedat pactio expressa de reddenda re, itaque cum precarium, ubi nulla fuit conventio, magis ad donationis, & beneficij causam, quam ad negotij contracti formam spectet. Idè eo nomine juris civilis actio nulla est, sed in subsidium datur interdictum, l. interdictum 13. ff. de precar. l. eum qui 14. §. is qui 11. ff. de fin. l. communi 7. §. inter prædones 4. ff. comm. divid. Anton. Fab. de error. pragmat. dec. 45. err. 4. Quando verò in precario præcesserit conventio de reddenda re, contractus est: Et ex eo contractum nascitur civilis actio præscriptis verbis directa: Quæ quidem actio, ut major, & interdictum, ut minus ipso jure excludit, & contractus, l. & habet, 15. §. cum quis 3. ff. de precar. l. 1. §. per hoc 2. ff. de rei vindicat. l. 1. in princip. & §. 1. ff. de public. in rem action. l. 1. ff. si mensor falsum mox dixer. l. si creditori 28. ff. de legat. l. 1. §. si quis Digest. quod legator. l. in insula 3. ff. de sentent. pass. & restitut. Ex quibus colliges, quam malè interpretatus fuerit, dicit. l. 1. §. si quis 5. ff. quod legat. Gailiell. Matius singul. opin. lib. 5. cap. 14. num. 13. qui cognoscens leviter illud explicasse modo est, ut prudentes viros docet: Ad id re in illis melius sentienti cuiquam subjacere. Et ita illa verba, dicit. l. ait prator 2. §. & naturalem 2. ff. de precar. ibi: Quæ ex bona fide oritur, sic interpretanda sunt; id est, ex conventionione. Hæc conciliatio legum Accurij est, qui eam sumpsit ex Rogerio; quam etiam approbarunt; Barr. & Gothofred. d. l. 19. §. ultim. de prec. licet nemo eorum sic ornate superiora explicet. Illaque interpretatio melior, & aptior est ad dissolvendam pugnam earum legum, quam illa, quæ affertur ab Antonio Fabro dicit. loc. err. 6. & illa alia, quæ traditur à Cujacio lib. 4. observat. cap. 7. quam sequitur Retes lib. 1. opus. sect. 1. cap. 5. nu. 20. & cap. 9. num. 7. vide quæ diximus infra cap. 11. num. 10. Neque etiam vera est illa, quam tradit Donell. lib. 14. comm. jur. civ. c. 34. & in tit. de præsc. verb. c. 20. num. 3. dicens non dari civilem actionem, dari tamen utilem: Quam interpretationem laudat, & sequitur Oluvald. ibid. liter. E, & Julius Pac. lib. 7. quaestio. 21.

Præterea precarium, quando conventio intervenit de reddenda re, contractus est, ut diximus; contractus

contractus tamen innominatus, & incertus est, quia non sunt in eo dicta nomina partium, & actionum, ut sunt in emptione & venditione, in quibus per emptionem designatur emptor, per venditionem venditor, l. 1. §. 1. vers. sed verior ff. de contrah. empt. Sed utriusque contrahentium parti unum precarissimum nomen facit, & sufficit: & ea de causa oritur in precario actio præscriptis verbis dicit. l. ait prator 2. §. 2. l. duo 19. §. ult. ff. de precar. Neque alia ratione, quam quia præcessit conventio de reddenda re, conficitur contractus incertus, & datur actio præscriptis verbis in l. 1. §. ult. & in l. si gratitum 17. §. Papinianus 2. aliàs si rem tibi & l. duo 23. ff. de præsc. verb. in quibus interesse non potest, nisi forte de rei restitutione l. senatus 3. §. 1. ff. de mort. cau. donat. Cæterum ex superioribus manifestè cognoscitur pravitatis ingenij Reinhar. Bacovij qui cum non intelligeret qua ratione in d. l. 2. §. 2. & l. duo 19. §. ult. ff. de precario, ex precario daretur actio præscriptis verbis, & quando ea non datur, sed tantum interdictum de precario; pestilenti eo more quo Antonium Fabrum summi ingenij virum persequitur, cum hac etiam in re immodestè percutit: vide ejus inanem arrogantiam, & contemne ejus errores, in exe. citationib. adversus. Anton. Fab. in cillia. ult. dec. 77. err. 6. & dec. 83. err. 4.

Nunc tamen disquirere oportet, an verum sit quod aliqui putant, nempe quod cum precario interdicto concurrere possit actio præscriptis verbis? Antonius Faber. in prædict. loc. affirmativam sententiam credit, veram esse, illamque robari ex d. l. 1. §. 1. ff. de precar. illis verbis: Itaque cum precario rogatum est, non solum interdicto uti possimus, sed & incerti conditione, id est præscriptis verbis. Certissimum tamen est, hæc duo, interdictum de precario, & actionem præscriptis verbis concurrere non posse; etsi in supradictis locis utrumque videatur dari. Id sit magis dubitationis totiusque causâ; & quæ ad tollendas dubitationes designata sunt, jus commune non lædunt: l. qui mutuum 56. ff. mandati. Et quia in precario dubitari potest, quando interdictum solum competat, quando etiam actio civilis detur: id enim solum sit manifestum ex pactioe expressa, vel ex eo, quod nihil expressè conventum, ut in superioribus docuimus; idè utraque actio datur actori, ut ex qualibet consequatur quod intendit. Sic in interdicto quod legatorum contingit, ut ex Adriano docet Ulpianus in l. 1. §. quia autem 4. ff. quod legator. ibi: Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro hærede, vel pro possessore possideat; huiusmodi Arrianius scribit, hæreditatis petitionem: in ista uendam: & hoc interdictum reddendum, ut si quis pro hærede, vel pro possessore, si pro legato possideat, hoc interdicto teneatur: quemadmodum solemus facere, quoties incertum est: que potius actio teneat, nam duos dietamus potestari, ex altera nos velle consequi nos coningit: Et proponitur, & deciditur species in l. is qui 13. §. ult. ff. commodati vide Retes dicit. lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 7. num. 4. Uterius fatendum est, ubi actioni directæ locus sit & interdicto multò magis locum esse, ut in l. si merces 25. §. ipse quoque 5. l. si vinaveris 41. ff. locati sicut sit, ut cui datur actio, eidem multò magis exceptio dari debeat, l. ait prator 1. §. 2. autem 4. ff. de superfic. l. in viciis 156. ff. de regul. jur. Sed ob id solum non potest dici, actionem præscriptis verbis, de Apicib. Iur. Civ.

scriptis verbis concurrere cum interdicto de precario quod vult injuriosè Bacov. dicit. locis merito reprehendendus. In diversis personis rectè diceretur, utrumque concurrere posse; quemadmodum quando alteri usus, alteri usufructus legatus sit; dicitur usufructuarii in usum concurrere; non verò è contra usufructuarii in fructu idem facere posse. Paul. lib. sent. 3. tit. 6. Sed in eadem persona non posse idem exemplum demonstrat: nam si usus alicui legatus sit, & postea eidem usufructus legetur, ait Papinianus usum, & fructum non concurrere, sed confundi in l. per servum 4. §. usu, ff. de usu, & habitat. Idem quod de precario in superioribus diximus, statuendum est de dotis datione in legem 10. l. de pact. & in l. 1. C. de pact. omnium, tam sup. dot. &c. nam & dotis datio appellatur contractus in l. contractus 23. ff. de regul. jur. & ex ea dicitur competere dotis actio, l. quia 6. C. de jur. dot. l. unica §. accedit. 13. Cod. de rei uxoria action. Et hæc de actionibus ex contractu, quas primo loco proponi Ulpianus in d. l. actionum 25. §. 1. ff. de obligat. & action.

CAPUT II.

De actionibus ex facto, vel ex non facto provenientibus an etiam de his rectè dicatur esse præscriptis verbis actiones.

SUMMARIUM.

- 1. Secundo gradu ponuntur actiones ex facto, vel ex non facto, in d. l. 2. §. 1. §. 1. ff. de oblig. & action. Earum actionum definitio rectè traditur, & exempla offeruntur. An ex delictis possit competere actio præscriptis verbis? In delictis factum, aut causa obligationis subest. De actionibus ex contractu sit argumentum ad actiones ex facto, vel non facto. Materia obligationis in delictis formatur ex lege, & non ex conventionione. Explicatur l. 2. in princip. & §. 5. ff. de oblig. & action. Legis actiones quare antiquitus deductæ erant? An ex eo capite, quo legis actiones ex contractu, deductæ sint etiam actiones ex facto? 2. Actiones ex facto, aut maleficio an necesse fuerit appellari actiones præscriptis verbis? An contractuum incertorum una definitio, & certa omnes eos comprehendat? De maleficio omnibus non potest dari certa definitio. Excipiuntur ex his illa, quæ legibus, re, & nomine definiuntur. In contractibus innominatis nihil incertum est præter nomen. Ex contractibus nunquam deesse potest obligatio, nomen plerumque deesse potest. In maleficio sine lege deest definitio, & nomen. In maleficio cum lege utrumque adest, & definitio, & nomen.

- Ex maleficiis sine lege non nascitur civilis actio, sed datur pena extraordinaria.
- Ubi datur coercitio extraordinaria, non datur actio præscriptis verbis.
- In maleficiis ex lege datur actio, & nomen actionis, & ea excluditur actio præscriptis verbis.
- 3 In factis, quæ non sunt maleficia, etiam ex unius factio actio præscriptis verbis dari potest.
- Explicatur lex 28. Digest. de donat. & numero 5.
- Hereditatis mera donatio esse non potest.
- Hereditatem nemo adit, quin æri alieno obligetur.
- Explicatur difficile textus in l. 18. §. 2. & l. 20. §. 3. Digest. famil. erciscund. & num. seqq.
- Ex donatione mera nunquam potest oriri actio.
- An ex testamento possit utroque citroque obligatio nasci?
- An rectè correspondeat, titulus de præsc. verb. & in fact. act. ordinis actionum, quem tradidit Ulpianus in l. 2 §. 1. de oblig. & act.
- Explicatur text. in l. 7. versicul. in testamento Digest. de ann. legat. l. 38. §. 4. l. 42. de legat. 3.
- 4 An rectè dici possit, quasdam actiones esse præscriptis verbis, quasdam in factum.
- Prosequitur elegans explicatio, dict. leg. 18. §. 2. & l. 20. §. 3. Digest. famil. erciscund.
- Quæ sunt testatoris propria, sicut communia heredum.
- Cum se ipso nemo agere potest.
- Legata, & prælegata statim acquiruntur legatariis, & cohæredibus.
- Legata loco hereditariarum actionum habentur.
- De monumento construendo iussu testatoris, & de divisione bonorum facta à patre inter filios, non datur actio, quæ teneat locum hereditaria actionis.
- Hereditas omnium interest jus monumenti, l. 5. & seq. l. 35. de religio. & sumpt. fun. l. 43. ad Senat. Conf. Treb.
- 5 Species d. l. 28. de donat. proponitur, & egregie explicatur.
- Quod genus contractus concipiatur per donationem hereditatis, ostenditur.
- An aliquo casu subintellecta conventio sufficiat ad constituendum contractum?
- Hereditas nomen juris est tam commoda, quam incommoda continens.
- Quæ semel constitit obligatio, ex persona heredum non immutatur.
- Quomodo intelligendi sunt text. in l. 139. de verbor. oblig. l. 3 §. 5. & 9. de ædil. edict. l. 17. §. 8. de pecul. l. 17. §. 3. ff. commodati. l. 18. de oblig. & act. l. 5. §. 7. ff. de jud. solu. l. 5. C. de oblig. & action.
- Ex donatione hereditatis constituitur contractus innominatus.
- 6 Prosequitur explicatio d. l. 18. §. 2. & l. 20. §. 3. ff. famil. ercisc.
- Actio præscriptis verbis utroque citroque est æquè principalis.
- Præscriptis verbis actioni inest actio ex facto.
- Ex dictis exemplum sumi potest, ad l. 19. ff. de verb. signif.

D.D. Martinus de Larrecategui laudatur circa explanationem dict. §§.

Reprehenditur Cujacius in eo, quod dixerat, actionem præscriptis verbis non dari nisi ex contractu.

7 Cujacij, Fabri, Retes, & aliorum explicatio ad dict. §§. referitur, & refellitur.

Demonstratur ratio, qua in dict. l. 18. §. 2. datur actio præscriptis verbis.

Illam rationem distinctissimam esse ab ea, quam tradunt dicti Doctores, ostenditur.

Jus monumenti in judiciis familie erciscunda non potest venire.

Jus monumenti unicuique heredum insolidum competit.

Explicatur text. in l. quoties 10. Cod. fam. ercisc.

Actio præscriptis verbis, quæ datur ex facto, passim appellatur in factum: & quomodo id intelligi debeat?

In actionibus utilibus non venit id, quod interest, sed datur repetitio rei sue.

Quare dicatur actio in factum civilis, & non simpliciter in factum in l. 1. in princ. & §. 1. l. 5. in princ. & §. 3. l. 6. 7. 8. 9. 15. 16. 17. & passim ff. de præsc. verb.

IN secundo gradu posuit Ulpianus actiones ex non contractu, id est actiones ex facto, vel ex non facto in l. actionum 25 §. 1. ff. de obligat. & action. & sic earum definitionem tradit: Actio ex facto est, quoties ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furti, vel injuriarum commisit, vel damnum dedit. Itaque in limine capituli se nobis offert questio (postquam in superioribus demonstravimus, præscriptis verbis actionem generalem esse) an ex delictis etiam competere possit hæc actio præscriptis verbis; quia omnia delicta sunt facta, ex quibus nascuntur hæc actiones d. l. actionum 25 §. 1. nam & in his factum, & aut causa obligationis subest, & ad definitionem contractus incerti, quam dedimus superiori cap. num. 11. propè accedit: factum enim superest ex parte ejus, qui nocuit alicujus patrimonio, argum. text. in l. ex maleficio 4. ff. de oblig. & action. l. locatio 9. §. quod illicitè 5. ff. de publican. & vectigal. & commiss. l. si à reo 70 §. ult. ff. de fideiussor. l. Stichum 95 §. 1. ff. de solution. Et ita sicut inter eos, qui ex conventionione tenentur, dare, vel facere alicui contra eum, qui datur, vel fit, est materia obligationis quod unus dederit, atque æquitas, quæ resultat simili voluntate, & conventionione utriusque; nempè ejus qui dat; & ejus qui accipit, ut fusè docuimus suprà lib. 2. cap. 6. sic è contrario auferre aliquid, vel damnum dare alicui, obligationis est materia, atque æquitas adversus eum, qui abstulit, vel damnum dedit, vel passus est: non conventionione utriusque, inter invitos enim conventio esse non potest, l. sicut 5. Cod. de obligat. & action. ut manifestè apparet ex definitione furti; sed illa obligationis causa informatur lege, vel alia specie juris, qua de eo maleficio, vel facto cavetur, l. obligamur 52. in princip. & §. lege 5. ff. de obligat. & action. Et idè rectè potest dici omnes, quæ sunt ex legibus actiones, esse etiam actiones præscriptis verbis: quia legis actiones jure antiquo ex eo dictæ sunt, quòd ad legis verba præscriptæ erant: quæ etiam actiones de maleficiis eodem modo præscriptæ erant, ut aperte constat ex l. 2. §. deinde ex his legibus 6. ff. de orig. jur. Valer.

Valere Maxim. lib. 6. cap. 2. & de Castilio cap. 1.

2 Nunquam tamen, vel rarò necesse fuit, actiones ex facto, seu ex maleficio descendentes, ita nomine generis præscriptis verbis actiones appellari, ut contigit in contractibus incertis. Ratio differentie est, quòd in contractibus innominatis certà definitione comprehenduntur omnes contractus incerti: in maleficiis verò actiones, quæ ex maleficio nascuntur, non possunt definiti: & ita non sunt certà definitione comprehensæ præter eas actiones, quæ legibus, re, & nomine definitæ sunt. In contractibus præter eas, quæ certæ sunt ex certis contractibus provenientes, sunt & aliæ certæ ex certa contractus, seu juris gentium definitione: & in eis nihil incertum est præter nomen. Itaque ex contractibus non potest deesse obligatio, vel actio: nomen autem proprium, & speciale, quo illa obligatio, vel actio appellatur, sæpius deesse potest. Ex maleficiis verò sine lege, id est, quando lex nulla est, quæ directè statuatur de eo maleficio, de quo agitur, definitio deest, simulque nomen. In maleficiis verò cum lege, id est, quando lex est, quæ specialiter statuatur de eo maleficio, de quo agitur, utrumque adest, & definitio, & nomen. Unde quemadmodum ubi contractus non est, non est certum actionem esse, imò est certum actionem non esse: eodem modo ubi leges non sunt definitives maleficia, non est certum actionem esse, imò est certum actionem non esse. Itaque licet ex singulis maleficiis etiam à lege non definitis subit obligationis causa; non tamen obligatio, aut actio civilis potest oriri ex eis sine lege, aut constitutione, sed cognitio tantum, aut poena extraordinaria: id est actio in factum, seu utilis, ut in fideicommissis, & extraordinariis actionibus, l. pecunia 178. §. actionis 2. ff. de verb. signif. Ulpian. in fragm. tit. 25. §. fideicommissa 12. Paul. lib. 4. sent. tit. 1. §. 18. Valerius de success. progress. §. 17. requisito 28 num. 123. Chifflet. lib. 1. de jur. fideicom. cap. 3. & cap. 5. Et extra ordinem puniuntur, quando non est actio: nam actioni opponitur coercitio extraordinaria, l. si quis missus 3. ff. de vis. fiat. ei qui in possess. missus est. Donel. lib. 15. comm. jur. civil. cap. 18. Osulwald. dict. lib. 15. Donel. cap. 36. liter. C. Et tunc actio præscriptis verbis esse nequit. Si verò in maleficiis invenitur lex, seu constitutio, ex qua oriatur obligatio, vel actio; ex eadem lege, vel constitutione erit etiam proprium obligationis, seu actionis nomen: veluti actio legi Aquiliae, legis Corneliae de sicariis, legis Juliae repetundarum: & tunc hoc speciale nomen à lege specialiter impositum excludit, & consumit ipso jure nomen commune præscriptis verbis l. si gratianum 13. §. Papinianus aliàs si rem tibi 2. ff. de præsc. verb. Hæc de factis, quæ maleficia sunt, de quibus brevius egit Doctor Josephus Fernandez de Retes lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 7. num. 1. in fin.

In factis verò, quæ maleficia non sunt, non si detur aliquod factum, sive voluntas unius, ex qua inter duos, vel plures utroque citroque constituatur actio; eo casu præscriptis verbis actio verò, & proprio nomine competit, sicut accidit in l. hereditatem 28. ff. de donat. ubi pater hereditatem sibi relictam filia suæ sui juris effectiæ dicitur donasse: & ea donatione, qua simplex esse non potuit, onus satisfaciendi creditoribus hereditariis in filiam transiisse: hereditatis, ut dixi, mera donatio esse non potest: hereditatem enim nemo accipere potest, quin æri alieno obligetur, l. more 8. l. pro herede 20. §. Papinianus 4. ff. de acquir. hered. l. filio 87. ff. de legat. 1. l. in Hieron. Oroz, de Apicib. Jur Civil.

bello 12. §. 1. ff. de captiv. & postlim. revers. l. si hereditatem 32. ff. mandati: filia verò creditoris hereditatis satisfacere recusat: Papinianus ait, creditores contra patrem agere posse: patrem etiam posse per actionem præscriptis verbis filiam, ut eum adversus creditores defendat, compellere. Sic in l. hic consequenter 18. §. idem quærit 2. & in l. filia 20. §. si pater 3. ff. famil. ercisc. quibus locis nascitur actio præscriptis verbis ex donatione ex testamento, cum aliàs nulla sit actio ex donatione l. interdictum 14. ff. de precar. Neque utroque citroque actio, & obligatio datur ex testamento. Unde manifestè deducitur, & constat rectè correspondere Ulpiano dicenti in d. l. Actionum 25 §. 1. ff. de obligat. & act. Actiones quasdam esse ex contractu, quasdam ex facto, quasdam in factum, conceptionem tituli de præsc. v. b. & in f. ff. act. Nam qui actionem præscriptis verbis dicit, etiam ex facto dicit; quia inest factam, vel ex facto actio præscriptis verbis actioni: qui verò dicit, quasdam esse actiones ex contractu, non omnes præscriptis verbis actiones dicit, nisi adjiciat etiam quasdam esse ex facto. Exemplum extat in præcedentibus legibus, nam donatio, aut testamentum non est contractus, nisi contractum accipiamus valde singulari modo in testamento, ubi dicatur etiam ex facto, vel unius voluntate dari actionem præscriptis verbis; tunc enim inter ipsos heredes insolidum consisteret: & hoc sibi velle videtur Pomponius in l. Quintus Mutius 7. versic. in test. ff. de ann. legat. & fac t. l. pater 38. §. Julius 41. Titius 42. ff. de legat. 3.

Uterius non malè dici poterit, actionum quasdam esse præscriptis verbis, quasdam in factum, quia tunc promiscua sit actio præscriptis verbis ex contractu, & ex facto. Itaque vel sic concipi potest divisio actionum, vel eo modo, quo nos divisimus; ut puta actionum quasdam esse ex contractu, quasdam ex facto, quasdam in factum. Et ita dicendum est in d. l. hic consequenter 18. §. idem quærit, & dict. l. filia 20. §. si pater ff. famil. ercisc. agi de actione præscriptis verbis, ut ex contractu, vel ex facto aut ex testamento: quare si dixerimus dari actionem præscriptis verbis ut ex testamento, rationi Jurisconsulti Iuliani in dict. §. idem quærit. Addimus hanc rationem ex Papiniano in dict. §. si pater. Quia cum pluribus hæredibus institutis testator iussit monumentum fieri, perinde est, ac si hæredes inter se circa eam rem convenissent, cum actio hæc ceperit ab ipsis hæredibus: causa equidem hereditatis à testatore subest; & omnia testatoris propria, eadem communia sunt heredum? & hoc proprium heredum est, ut quod testator agere non potuit propter naturale impedimentum, quia cum se ipso nemo agere potest, l. nec cum filiofamilias ff. de furt. l. Imperator 30 ff. ad S. C. Trebell. id hæredes inter se possint, & teneantur. In dict. §§. aliter, quàm in legatis, & prælegatis obligantur heredes: legata enim, & prælegata statim acquiruntur à morte testatoris, postquam adita fuerit hereditas, l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. cum miles 75. §. 1. ff. eod. vel de his acquiruntur actio: Ideò quamvis legata ceperint ab hæredibus, tamen hereditariarum actionum loco habentur, l. hereditariarum 40. ff. de obligat. & action. facit l. hereditarium. ff. de reb. ant. judic. possid. De monumento verò iussu testatoris construendo, vel de bonorum, & nominum, debiti, & crediti divisione: nec actio hæc hereditaria

varia actionis loco habeatur, ait Ulpianus ex Julia-
no in *act. §. idem querit. heredum inter se*, id est
jus monumenti cuiusque eorum in solidum per-
tinere, sciamus ex minima parte hæres institutus
sit, l. *familiaria §. & l. seq. l. si quis fuit 35. ff. de
religios. & sumpt. funer. l. quia perinde 43. ff. de S. C.
Trebell.* Et ita proprio jure, & nomine singulorum
hæredum interest, actionem à se ipsis recto jure ad
hæredes transmittere. In *dict. §. si pater* etiam Pa-
pinianus ait, divisionem perinde accipiendam, qua
si ipsi filii inter se permutationem certa lege fecer-
int. Itaque quod in persona patris, ut hominis
unius neque esse contractus, neque intelligi po-
tuit, inter filios sui juris factos, vel inter hæres
plures, ad quos descendit patris divisio bonorum,
seu alterius extranei testatoris, jussus de condendo
monimento contractus esse vel intelligi potest;
quasi inter se filios, & inter se hæres de se re
convenerint.

Hoc omne facilius percipitur ex *dict. l. hereditatem 28. ff. de donat.* ibi donatio inter vivos inter-
venerat: donatio tamen hereditatis fuit: cujus
(ut diximus) mera donatio esse potest: sed do-
nando eam pater filii sui juris effectus negotium
hujusmodi contractum sit, *Do tibi hereditatem,
ut creditoribus hereditatis satisfacias*: Et hoc ne-
gotium quamvis tacitum sit, quia inter patrem,
& filiam verbis nihil hujusmodi fuerat expres-
sum, & hoc non sufficit subintelligi: quia ad
contractum incertum constituendum regulariter
requiritur conventio expressa, & non sufficit sub-
intellecta: tamen in donatione hereditatis con-
ventio illa, seu negotium pro expresso habetur:
quia hereditas est juris nomen, non minus commo-
da, quam incommoda continens, supra *num. 3.* Et
quod semel constitit conditio obligationis, ex per-
sona hæredum non immutatur, l. *si is qui 18. ff. de
obligat. & action. l. pratoria 2. §. incertam, ff. de prator.
stipulat. l. si unus 19. ff. de servit. rusticor. prædior. l. sti-
pulationum 2. §. ex his 2. ff. de verb. obligat.* quo sensu
intelligi debent etiam text. in *l. cum ex causa 139. ff.
de verb. oblig. l. quod si nolit 31. §. si plures 5. & §.
Pomponius 9. ff. de adil. edict. l. & ancillarum 17. §. si
quis 8. ff. de pecul. l. incommodato 17. §. sicut 3. ff. com-
modati, l. si is qui 18. ff. de oblig. & action. l. sicut 5.
C. eod. tit. l. cum tamen 5. S. si tamen 7. ff. judicat.
sola. Unde cum ex illa donatione percipiatur con-
ventio, quam hereditatis natura secum præcisè tra-
hit; & hoc negotium non sit nominatum, necesse
est, ut patri demus actionem præscriptis verbis,
quasi de negotio incerto inter eum, & ejus filiam
contracto.*

Præterea si in *dict. §. idem querit, & §. si pater*
malimus dicere ex facto agi ut ex testamento, non
verò ex contractu; adhuc duplicatur actio ex mu-
tuo facto, & ex mutua damnatione: quo incre-
mento rursus perficitur ultro citroque in ter hære-
des, cui actioni jam non sufficit nomen ex te-
stamento, quod unius tantum voluntas, vel fa-
ctum est: Itaque requiritur nomen actionis præ-
scriptis verbis, quæ actio ultro citroque æquè prin-
cipalis est, neque minus tamen ex facto est; quia
præscriptis verbis actioni inest etiam ex facto actio,
ut in præcedentibus abundè docuimus: & ea de
causa illa actio dicenda est præscriptis verbis pro-
prio nomine, postquam id negotium non habet
aliud specialius nomen. Ceterum si natura contra-
ctus est ultro citroque obligationem producere, ut
ex Jurisconsulto Labone definitum reliquit Ulpia-
nus in *l. Labro 19. ff. de F. S. Quid interest ad hoc, ut*

contractus dicatur, utrum duo, pluresve expressa pa-
ctione inter se convenerint, an aliunde deesse. Inter
eos obligatio, quæ ultro, citroque ad invicem
hæres teneantur, dummodo initium obligationis,
seu potestas agendi ab eis inceperit: itaque ut
breviter hæc duo, quæ dixi circa supradictos, bre-
vi clausula comprehendam, ex contractu videtur ad
invicem obligationem nasci ex voluntate, seu factu
testatoris; quasi videatur inter hæres de eo factu,
& secundum eam voluntatem specialiter convenisse
se tunc, quando adierunt hæreditatem: ex facto e iam
videntur inter se obligatos esse, quia ex facto testa-
toris hæres suos obligare volentis ultro citroque
obligatio formatur, & ab eis incipit & ex testatore
ad ipsos descendit præcisè illa obligationum causa.
Ergo minus rectè Jacob. Cujac. in *princ. hujus tit. de
præsc. verb.* docet actionem præscriptis verbis non dari
nisi ex contractu. Et ab hac nostra interpretatione
non multum distat doctissimus D. D. Martin de Lar-
reat, lib. 4. *select. c. 16. n. 4.* quem miror à *Doctore Reeves*
non fuisse in hanc rem adductum ut eximium juris
præceptorem, cum inter cætera ejus prudentiæ digna
opera illustre commentarium scripsisset, ad *tit. fami-
l. excisc.*

Supradicta interpretatio ad *d. §. idem querit, & §. 7.*
si pater, melior (ni fallor,) & subtilior esse vide-
tur, quam illa, quæ traditur à Cujacio *supradicta
loc.* & ab Antonio Fabro in *rational. ad d. l. his con-
sequenter*, & aliis, quos sequitur novissimè Docteur
Josephus Fernandez de Retes libro 2. *opuscul. sect.
1. capite 7. numero 2.* qui omnes dicunt Julianum
in *dicto Paragrapho idem querit*, intelligendum esse
tunc dari actionem præscriptis verbis ex divisione
hereditatis facta per judicium familiæ exciscandæ,
quando in ea aliquod negotium intervenerit, veluti
si testator jussit constitui monumentum: nam eo
casu hæres, quorum interest, possunt compellere
cohæredem actione præscriptis verbis, ut monumen-
tum faciat. Et suæ interpretationis rationem hanc
reddunt, quia in divisione hereditatis per judicium
familiæ exciscandæ facta aliquod negotium contra-
hitur, cum illa divisio pro permutatione sit, l. *cum
pater 77. §. hereditatem 18. ff. de legat. 2. l. licet 23.
Cod. famil. excisc. c. ind. l. si fratres 7. C. communia utrius-
que judic.* Quam interpretationem etiam sequi-
tur idem Cujac. lib. 18. *quæst. Papin. in l. si cum vendi-
tor 66. §. si secundus 2. ff. de evictio.* Uterius addit
Retes eadem interpretatione intelligendum esse,
dictum Paragraphum si pater, cujus sententiam, quæ
refertur ibi Papiniani esse, stare ait in *l. quæ pater 32.
ff. famil. excisc.* & cum ea conferri posse text. in *l. ex
parte 39. §. ultim. eodem tit. l. quoties 10. l. inter 11.
l. ultim. C. eodem.* Sed ista interpretatio, præterquam
quod parum subtilis per se est, videtur etiam per eam
minui Consultorum subtilitatem, quam maximam
esse constat ex ipso Ulpiano, cum ait in *verse. idem*,
quod Julianus tentat dicere, præscriptis verbis actio-
nem dari posse, ubi aliquod juris reconditum myste-
rium indicat non sine dubio exagitaro patefactum:
nam dicere quod ex permutatione re vera inter hæ-
redes gesta detur actio præscriptis verbis, nihil mi-
rabile habebat, cum plusquam manifestum sit ex
permutatione nasci actionem præscriptis verbis, l. *natura-
lis §. 1. 2. & passim in tit. ff. de præsc. verb.* Neque
poterat tunc nisi leviter dici à Juliano tentare posse
præscriptis verbis actionem competere, cum ex per-
mutatione ipsa sola actio competat, & non alia.
Deinde ratio, ob quam dicit Julianus in *d. §. idem
querit*, dari præscriptis verbis actionem, non est illa
quam supradicti interpretes tradunt; nempe: quia
permutatio

permutatio intervenit; sed illa alia, quia interest
hæredum, quos jus monumenti sequitur: Et eâ
causâ, quod interest hæredum monumentum con-
strui, æquè ante & post judicium familiæ exciscan-
dæ convenit: Neque enim jus monumenti in judi-
cium familiæ exciscandæ venit; vel frustra venit:
Cum individuum sit, & cuique hæredum in solidum
competat, l. *vel quod 6. ff. de religios. & sumpt. funer.
l. si quis 6. §. si quis 6. ff. comm. divid.* Venique actio
illa præscriptis verbis, quæ datur in *dict. §. si pater*,
non potuit indici ex judicio familiæ exciscandæ,
in quo §. idem exigitur omnes res à patre divisas esse,
nè unquam judicio familiæ exciscandæ detur lo-
cus, *dict. §. si pater l. quoties 10. Codic. famil. exciscand.*
Anton. Fab. lib. 3. *conject. cap. 17. Donell. lib. 19. com-
ment. jur. civil. cap. 19.* & ibi Oluvald *liter. 6. Cujac.
lib. 2. respons. Papin. in dict. l. quæ pater 32. ff. famil. ex-
cisc. & in l. fidejussor 2. ff. de dist. pignor. & lib. 8. res-
pons. Papinian. in l. cum pater 77. §. evictis 8. ff. de le-
gat. 2.* Ergo hæc communis interpretatio tam su-
premis, & valde ingeniosis juris Auctoribus. ut
sunt Julianus, Papinianus, & Ulpianus, non
convenit.

Hoc in fine hujus capituli notare volo, quod hæc
actio præscriptis verbis, quæ datur ex contractu,
vel ex facto, passim appellatur in factum actio: Et
illud in factum sic intelligi debeat, id est incerti,
seu in id, quod interest: Sed illud, quod interest,
est plus, vel aliud, quam repetitio, aut æstimatio
rei suæ; & de illo lucro intelligendum est quod ex
conventionem directè venit: Quod in actionibus uti-
libus, de quibus agam *cap. sequenti*, non invenitur;
in illis enim repetitur solum res quæ data est, seu
ejus rei æstimatio: Quia illæ actiones utiles non
nascuntur ex negotio gesto, non ex contractu civi-
li, non ex conventionem, l. *1. ff. de action. enpt. l. si
in venditione 60. ff. de evictio. l. quod si nolit 31. §.
in factum 17. ff. de adil. edict.* De his actionibus in
factum, seu conditionibus naturalibus, quibus
tantum repetitur res, quæ data fuit. vel ejus æsti-
matio citra ullum lucrum, egimus abundè supra
libro 2. *capite 6.* Præterea, quando, actio præscri-
ptis verbis nominatur actio in factum, ut nomina-
ta sic reperitur passim, non dicitur actio in factum
simpliciter, sed actio in factum civilis l. *1. in pri. & §.
1. l. naturalis §. in prin. & §. quod si faci. m. 3. l. insulam 6.
l. si tibi 7. l. si dominus 8. l. ob eam causam 9. l. solem 15. l.
permissi 16. l. si gratiam 17. ff. de præscript. verb.*
ut indicitur, conditiones, quibus id solum, quod
datum, vel factum est, repetitur, naturales esse;
& quod naturales sint, docet Paulus in *d. l. natura-
lis §. 1.* ibi: *Dubium non est civilem obligationem
nasci: In qua actione id veniet, non ut reddas quod
acceperis, sed ut damneris mihi quanti mea interest:
Vel ad repetendum conditio. Idem quoque tradit Pa-
pinianus in d. l. si tibi, ibi: Si tibi decem dederis, ut Sti-
chum manumittas confestim agam præscriptis verbis,
ut solvas quanti mea interest: Aut si nihil interest, con-
dicam tibi, ut decem reddas: Circa quod vide quæ di-
xi supra d. lib. 2. c. 6. n. 5. & seqq.*

CAPUT III.

De actionibus in factum.

SUMMARIUM.

1. Explicatur tertium membrum divisionis actionum

in factum, quod in l. 25. §. 1. ff. de oblig. & act.
refertur.

Ejus actionis nulla ibi definitio traditur, sed
exempla tantum proponuntur.

Traditur ratio, quare ejus definitionem non dede-
rit Consulius.

Actio in factum oritur ex bono, & equo:
equum, & bonum non potest definiri in uni-
versum.

Facti quæstio vix potest definiri in singulis casu-
bus.

Actionis in factum definitio traditur, & pro-
batur.

2. Alia melior definitio actionis in factum reddi-
tur

Species à suo genere deduci debet.

Omni definitio in jure periculosa.

Mortis causa capionis definitio traditur, ex l.
31. ff. de mort. cau. donat.

Plebis definitio inducitur, ex l. 238 ff. de verb. si-
gnific.

Furtum nec manifestum definitur, in l. 8. ff. de
furt.

Lignorum definitio sumitur, ex l. ligni §. 1. ff. de
legat.

Argentum factum quid sit, demonstratur, ex l.
27 §. fin. Digest. de aur. & argent. le-
gat.

Locus purus quis dicatur, ostenditur ex l. 20. §.
4. ff. de religios. & sumpt. fun.

De membranis puris traditur definitio in l. 52.
§. 3. ff. de legat. 3.

3. Actionis in factum alia definitio quanta esse po-
test, traditur.

Ea ratione, qua subsistunt cognitiones extraordi-
naria, extant actiones in factum.

Explicatur l. 5. de extraor. cognit. l. 1. de oblig.
& act.

Actiones utiles succedunt per interpretationem
in locum directarum.

Explicatur, lex 10. & seqq. Digest. de le-
gib.

Plurima ex variis legibus traduntur exempla ad
superiorum explicationem

Utiles directarum actiones paucissima reperiri-
tur extra legem Aquilam.

Nomen injuriæ, vel culpa latissime patet.

4. Actiones utiles singula singulararum directarum,
aliquando appellantur in factum.

An aliquid inter se dicere, actionem accommoda-
tam huic, vel illi legi, vel actionem utilem hu-
jus, vel illius legis?

An verba legis, seu contractus accommodari pos-
sint, itemque mens verborum.

Muloties non dantur utiles actiones, singula sin-
gularum directarum, sed actio in factum sine
exemplo directæ.

5. An detur differentia inter actiones utiles ex inter-
pretatione prudentum: & utiles ex jurisdictione
prætorii?

Ostenditur quid agant Consulti, quando actiones
utiles introducant.

An actio utilis ex interpretatione, seu sententia
legis dici possit civilis?

Facilius est introduci utiles actiones exemplo di-
rectarum, quam novum jus constitui.

6. Quæ sunt actiones utiles absque exemplo directarum,
ostenditur.

An his intelligendi sint text. in l. 11. & 14. de
præsc. verb. & l. 33. §. ult. ff. ad leg. Aquil.

Inter Consultos, & praetores differentia est in inducendis utilibus actionibus.

Plerumque actiones utiles habent nomen sui Auctoris.

Iste actiones utiles habent similitudinem nominis cum directis ex facto.

Jurisconsulti, & praetor adjuvant, & supplent jus civile universum.

Traditur exemplum ex l. 33. §. 1. ad leg. Aquil. l. 3. de test. l. ult. de extr. cogn. l. 3. §. 4. de obl. & act.

Idem jus est in toto omisso, ac in parte omisso.

Traditur intelligentia textus, in l. 1. & l. 11. de praescript. verb. l. 25. §. 1. ff. de obligation. & action.

Tertium divisionis actionum membrum, quae ab Ulpiano definiuntur, in l. actionum 25. §. 1. ff. de obligat. & action. Est actio in factum, cujus nullam nobis tribuit definitionem, neque specialem, neque generalem; sed statim quo dixit dari actionem in factum, antequam eam definiret, exempla illius actionis adducit. Verba Ulpiani sunt haec: In factum actio dicitur, qualis est (exempli gratia) actio qua datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in jus vocatus est. Ratio vero, quare Consultus definitionem actionis in factum non dederit, ex eo petenda est, quod illa actio oriatur ex aequo, & bono: Et aequum, & bonum in universum definiti non possunt, quia omnino facti est: Et factum vix in singulis casibus potest definiti, l. si d. e. §. ult. ff. ex quib. s. caus. major. l. actio. ibi. 14. ff. de divers. & temporal. praesc. l. mora 32. ff. de usur. l. si servum 91. §. sequitur 3 ff. de verb. oblig. l. in omni 1. ff. de jur. & fact. ignor. l. Alaxia 13. §. 1. ff. de ann. legat. l. si vulneratus 51 §. ult. ff. ad leg. Aquil. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. princip. 2. illar. 5. & 7. De hac actione vide Doctorem Josephum Fernandez de Retes a nobis summe divertum lib. 2. opus. sect. 1. c. 6. num. 3. & seqq. Definitio tamen actionis in factum haec dari potest: Est actio qua datur, a quo ex contractu, neque ex facto. Et licet hanc definitionem dici possit non esse rectam, quia illa nihil amplius facit, quam negare aliam, vel aliam non esse; & non affirmet hujus actionis, quam definimus, naturam & essentiam talem esse; respondet tamen actiones omnes in factum non esse recte actiones: Et ideo dicuntur utiles ex aequo, & bono, quae omnino res incerta est, provenientes; non vero dicuntur actiones praescriptis verbis ex certo, & recto principio, & causa descendentes: Et ita ipsarum actionum quae non rectae sunt, recta dari non potest definitio; neque incertarum certa.

Alia definitio actionis in factum dari potest, forsitan superiore melior, quae sic se habet: Actio in factum est actio, qua datur a praetore propter aequum, & bonum, exceptis his agendi figuris, quae proprio nomine appellantur, vel propria definitione definiuntur. Species enim a suo genere deducendae sunt, l. si pecuniam 10. ff. de manum. testament. Et quamvis haec etiam definitio everti possit, nam omnis definitio in jure periculosa est; & parum est, quod subverti non possit, text. in l. omnis 100. ff. de regul. jur. Tamen sufficiat nobis huc illo genere definitionis actiones in factum definiisse, quo alias res Jurisconsulti passim definiunt. Sic Gajus in l. mortis 33. ff. de mort. cau. donat. definit mortis causa capionem, ibi: Mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. Sic idem Gajus plebem definit in l. plebs

238. ff. de verbor. signific. ibi: Plebs est ceteri in Senatoribus. Sic idem Consultus furti nec manifesti definitionem tradit in l. nec manifestum §. ff. de furt. in his verbis: Nec manifestum furtum quid sit, apparet: Na quod manifestum non est, hoc scilicet nec manifestum est. Sic Ulpianus ex Ofilio in l. ligna §. 1. ff. de legat. 3. ligna definit: Cui ligna legata sunt ad eum omnia ligna pertinere, quae alio nomine non appellantur. Sic ab eodem Ulpiano argenti facti definitio traditur, l. Quintus Mutius 27. §. ult. ff. de aur. & argent. legat. ibi: Argenti factum recte quis ita definiat, quae nec in massa, nec in lamina, nec in signato, nec in suppellectili, nec in munda, nec in ornamentis instat. Sic locum purum Ulpianus definit in l. locum 20. §. purus 4. ff. de relig. & sumpt. funer. ibi: Purus autem locus dicitur, qui neque sacer, neque sancus est, neque religiosus, sed ab omnibus hujusmodi nominibus vocare videtur. Sic denique membranas puras definit Ulpianus in lege librorum 52. §. quid tamen 4. Digestis ac le-

at. 3. Ulterius alia definitio actionum in factum esse potest, si aliqua earum definitio recta dari possit, quae talis est: Actio in factum est utilis actio ex aequo, & bono, qua in subsidium directa actionis datur. Haec actiones in factum licet non possint habere certam definitionem, certas tamen actionum species habere possunt ex variis cautelarum figuris: Et ideo extra contractum, vel extra leges proprio quodam jure dicuntur contineri, l. 1. ff. de oblig. & actio. Et non alia ratione extant actiones in factum, quam ea ipsa, quae subsistunt cognitione extraordinariae, quarum numerum, cum ille ex variis causis descendat, dicitur in genere facile dividi non posse, nisi summam dividatur, ut docet Calistratus in l. cognitionem §. ff. de extr. trad. cognit. Itaque singulae actiones in factum utiles definitae sunt certo casu ex certo aequo, & bono, quamvis citra contractum, aut legem, aut aliam juris speciem: Nam si essent ex certo contractu, aut lege, aut aliqua certa specie juris directae essent. Et aliae ad exemplum certarum actionum sunt, aliae sine exemplo, ita tamen ut non repugnent ulli actioni directae. Actiones utiles in singulis juris partibus, in quibus dantur directae actiones, succedunt directis, quando utilitatis causa per interpretationem adjuvantur leges, Senatusconsulta, constitutiones, & contractus; porrigunturque ad similia, quae in ipsis legum, seu constitutionum, contractuumve verbis non sunt comprehensa: Cujusmodi actiones dicuntur utiles, singulae singularum directarum, quae vel proprium nomen habent, vel nomen generale praescriptis verbis ad speciem directam, l. neque leges 10. cum seqq. ff. de legib. Exempla sumi possunt ex l. sed. e. §. 12. cum l. seq. ff. ad leg. Aquil. l. penultim. ff. si quadrup. paup. fecisse dicat. l. si quis 2. §. 1. in fin. ff. de cond. indeb. l. locum 17. §. ult. ff. de usufruct. l. si vero 12. §. si filiofamilias 6. ff. mandati l. si longius 18. §. 1. ff. de judic. l. si cum 66. §. ult. ff. de evict. l. pecunia 8. ff. de aliment. legat. l. si Titius 48. §. ult. ff. de fidejussor. l. penultim. & ult. ff. de acquir. hered. l. quodcumque 45. §. si ita 21. ff. de procurator. 79. ff. de verb. obligat. l. quidam 46. ff. de hered. instit. l. si cum emptore 16. ff. de pact. l. procuratore 55. ff. de procurat. l. Titio fundus 73. ff. de cond. & demonstr. l. cum res 5. C. si aliena res pign. dat. sit, & aliis pluribus in locis. Hoc tamen obiter notandum est, utiles ad exemplum directarum actiones ex aliis legibus non multas reperiri extra legem Aquilianam, cujus legis utilitas, quae concepta est nomine injuriae, seu culpa, latissime patet, l. quia 11. ff. de praesc. verb. l. hoc modo 64. ff. de cond. & demonstrat. l. si vero 64. §. de viro 9. Digestis, de solut. matrimon. l. item qua-

ritur

ritur 13. in princip. ff. locati l. de pretio §. de public. in rem action. l. quod constitutum 21. Dig. de milit. testam.

Itae actione utiles singulae singularum directarum, id est illae quae dantur ad exemplum directarum, in his casibus in quibus solent nasci directae actiones ex directis verbis, & per interpretationem utiles; aliquando appellantur actiones in factum: Quod quidem nomen, cum simplex sit, nullum exemplum proprium respicit, sed plerumque dicitur eas accommodari legibus, vel negotiis, unde sunt directae actiones, ut in l. quia 11. ff. de praesc. verb. l. uxor marito 55. ff. de donat. inter virum, & uxorem l. eleganter 24. ff. de pign. actio. l. 1. C. de inoffic. donat. ex Vulteo Oluvald. lib. 1. comment. Donel. capite 2. littera H. Nihil interest, an dicatur actionem in factum accommodatam huic vel illi legi, aut contractui; an actionem utilem hujus, vel illius legis, vel contractus: Nam ut eoque modo loquenti significatur accommodatam esse actionem illam, & huic, vel illi legi, vel contractui datum esse effectum utilitatem legis, vel contractus; id est, per actionem utilem tantum consequi, quantum consequeretur per directam si adesset, l. actio 47 §. 1. ff. de negot. gest. Vulteus in §. 1. instit. de action. num. 3. vide Oluvaldum dict. loc. liter. l. Verba legis, seu contractus non possunt accommodari, quia inflexibilia sunt, l. praesepit 12. ff. qui. & aequib. manum. liber non sicut. Sententia tamen, quae verbis his contegitur, & comprehenditur, non ita recta est, ut flecti non possit: Ideo sententia verbis legis, vel conventionis contrahentium per interpretationem, vel jurisdictionem in similibus casibus accommodatur, non possunt 12. & l. seq. ff. de legib. §. ult. in instit. de leg. Aquil. Donel. lib. 20. comment. jur. civil. cap. 2. & de praesc. verb. cap. 2. petrus Gregor. 21 syntagm. cap. 8. num. 17. & quos adducit Oluvald. ad Donel. dict. cap. 2. liter. H. Gædeus exemplis hanc rem illustans in l. nominis 6. ff. de verb. signific. num. 16. 17. & seqq. Anton Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princip. 6. in princ. idem Oluvald. lib. 16. comment. Donel. cap. 17. liter. E. in fin. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. part. 5. §. 1. num. 10. Itaque si id quod factum est, non conveniat, vel verbi legis, vel rigori contractus, aut stricto juri; tamen is casus pro eo accipitur a praetore, & perinde dat iudicem, per quem condemnatio fiat, ac si ille casus jure, & secundum jus strictum valuerit, facit, l. filio patroni 8. ff. de rit. nupt. l. filio praeterito 17. ff. de injust. rupt. l. in testamento 38. ff. de fidei. commiss. liberi. l. 1. ff. si a. paren. quis manum. est. l. quod vulgo 19. ff. de bonorum possess. contra tabul. Hoc etiam notari oportet, quod plerumque haec actiones utiles singulae singularum directarum, id est, quae dantur ad exemplum directarum, non accommodantur, neque de his accommodandis adjiciatur, sed detur actio in factum sine exemplo directae: Id tamen intelligendum est circa rem subjectam, de qua agitur; non vero absolute, ut in exemplis, l. 1. §. & generaliter ff. si quadrup. paup. fecisse dicat. l. qua actione §. proinde 3. Paragraphe sed si quis servum 5. versic. Celsus l. si obfretrix 9. l. item Metla 11. §. item cum eo 5. Digestis ad leg. Aquil. l. si vero 12. §. si filio familias 6. Digestis mandati.

Præterea nulla differentia constitui potest inter actiones utiles ex interpretatione Jurisconsultorum, & inter actiones utiles ex jurisdictione praetoris descendentes. Jurisconsulti enim, dum ex suo interpretationis munere quo fungebantur, l. 1. §. his legibus 5. ff. de orig. jur. Utiles actiones introducunt, id solum agunt, ut doceant vel (ut melius dicam) admoneant eum, qui jurisdictioni praestit, in illo casu, de quo lo-

quitur, aequitatem non deficere, ita ut ab eis instructus in eo iudicium desiderantibus praebet; & ad hoc decretum suum non eger, ut contingit, in l. si post 22. ff. de pecun. constit. l. si vero 5. §. interdui 2 ff. de his qui effuder. vel dejecer. l. qui erat 49. ff. famul. erisic. l. more 2. §. interdum 2. ff. de vulg. & pupill. substituit. l. si impubes 7. ff. de Carb. edict. l. infurci 50. §. ult. ff. de furt. Itaque quisquis author sit actionis in factum illa potest dici civilis ex interpretatione, seu ex sententia legis, neque leges 10 cum l. seq. ff. de u. g. b. l. nominis 61. §. 1. ff. de verbor. signific. quemadmodum jus praetorium dicitur ex interpretatione edicti, & d. l. 2. §. his legibus, & §. ita in civitate 12. ff. de orig. jur. Unde notari debet, hanc esse primam speciem in factum actionem, quia est multo facilius, tum Jurisconsultis, tum Principi ipsi per interpretationem, vel constituti nem, tum etiam ei, qui jurisdictioni praestit per jurisdictionem supplere; & de his, quae primo directe constituta sunt, certius statuere, quam novum aliquod jus instituire, vel facere; sicut de jure praetorio dicitur in l. jus autem ff. de iust. & jur. Et haec diximus de actionibus utilibus introductis ad exemplum directarum actionum, ut in l. 1. C. de praesc. l. si cum vilico 16. l. in eum 19. ff. de instit. action. l. nam & §. 1. ff. de furt. & similib.

Alterea species actionum utilium est, quando sine exemplo directarum actionum actiones utiles sunt certae ab ea formula, quam suavit Jurisconsultus, qui aliquo in casu actionem introduxit, vel praetor, qui eam edicto proposuit, vel sine edicto causa cognita decernendo dederit: Et de his agitur in princ. l. quia 11. l. qui servandorum 14. ff. de praesc. verb. l. servum 33. §. ult. ff. ad leg. Aquil. exempla sunt in §. ult. in v. s. sed si corpore instituit eodem tit. l. & eleganter 7 §. idem Labeo 7. ff. de dol. l. si servus 27. §. inquit lex 13. & seq. ff. ad leg. Aquil. l. in furti 50. ff. de furt. & aliis quas adducit Doctor Josephus Fernandez de Retes lib. 2. opus. sect. 1. cap. 6. num. 3. Haec tamen differentia observanda est, quod Jurisconsulti sine exemplo vix intendunt certam condemnationem praescribere in actione ulla, nisi eam condemnationem, quam dicitur ipsa res, quae tractatur: Ex qua re, de qua agendum est, naturam, & substantiam actionis captant. Praetor vero multoties contra efficit, ut in l. penultim. & ult. ff. de in jus vocand. l. si per alium §. 1. ff. ne quis eum, qui in jus vocat. vi exim. l. 1. ff. de calumniator. l. praetor 2. ff. de vi bonar. raptor. & similib. Aliquando etiam ipse praetor condemnationem non praescribit, sed relinquit eam cognitioni iudicis, ut efficit in l. 1. ff. de dol. l. 1. ff. si mensor fals. mod. dixer. l. novissime 7 ff. quod fals. int. aut. gest. est. l. praetor ait 3. ff. de si pul. viol. Iterum notandum est, hanc secundam speciem actionum utilium plerumque suo proprio nomine appellari, sive nomine praetoris, vel alterius earum auctoris, vel a primis edicti verbis, quibus introducta est; veluti lex Gallus in l. Gallus 29 ff. de liber. & posthum. regula Catoniana. Faviana, & Calvisiana in l. in Faviana 2. ff. si quis in fraud. patronor. & cetera quia vel nomen habent, vel instar nominis, quibus ab aliis actionibus utilibus speciali demonstratione discernuntur. Unde fit, quod istae actiones utiles similitudinem habeant cum actionibus directis ex facto provenientibus, quae ex lege vel alia specie juris civilis nascuntur, in eo quod sicut istae accipiunt nomen ab illa specie, quae nominatur speciali lege, sic illae habent nomen ab hac specialitate, qua nominantur. Etiam similes sunt directis actionibus ex certis contractibus descendentes, quia sicut istae habent nomen proprium, sic & illae habent Sed ab illis omnibus actionibus directis, tam provenientibus à com

à contractibus certis, quam ex facto, cuius actioni nomen datum est lege, constitutione, aut alia ex parte juris, maxime potest differunt illius speciei actiones utiles: Nam illae directae sunt à verbis, vel legis, vel contractus provenientes; in quibus nihil nisi jus verborum directum attenditur: Illae vero dicuntur utiles, seu in factum actiones, id est in simplex æquum, & bonum dantur omnino juris supplendi gratia per interpretationem Jurisconsultorum, vel jurisdictionem prætoris etiam si non dantur exemplo ullius directae actionis, ad cuius supplementum reddantur. Ratio hujus rei est, quia Jurisconsulti, & prætor adjuvant, & supplet jus civile, dicit l. 7. §. 1. ff. de just. & ju. Ant. Fab. in jurispr. Pap. tit. 1. princ. 4. illat. 6. & tit. 2. princ. 6. in princ. & princ. 9. illat. 2. & princ. 10. in princ. & illat. 4. Idque faciunt non solum ad singulos juris articulos, sed etiam ad universum jus, ubi aliqua pars æquitatis jure civili omnino prætermissa est, l. si servum 3. §. 1. ff. ad leg. Aquil. ibi: In damnis quae lege Aquilia non tenentur, actio in factum datur, l. questum est 1. §. ff. de testib. l. ultim. ff. de extraord. cognit. l. si quis 5. §. ff. de iudex. 4. ff. de obligat. & action. Et nemo miretur, quando audiatur id Jurisconsultos potuisse supplendo universum jus (cujus contrarium asservit Anton. Fab. dicitur in locis) quia eadem ratio est in toto omisso, quae est in parte omissa, l. si servus 8. 2. ff. de acquir. hered. l. an pars 3. ff. pro derelict. l. quae de tota 76. ff. de rei vind. l. 1. ff. de eviction. l. servus 5. ff. de stipulat. servor. Et de hoc jure in universum omisso intelligendus est Papinianus in l. 1. ff. de præsc. verb. in his verbis: Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis, & Pomponius in princ. l. quia 11. eodem titul. ibi: Quia actionum non plenus numerus esset, Idem plerumque actiones in factum desiderantur, & Ulpianus in d. l. actionum 2. §. 1. in fin. ff. de oblig. & acti. Cæterum Pomponius in d. l. quia, ea, quae profequitur, accipienda sunt de utilibus actionibus, quae dantur ad exemplum directarum.

CAPUT IV.

An Condictio utilis, vel actio in factum concurrat cum actione præscriptis verbis: Et hæc an directa sit, an vero utilis?

SUMMARIUM.

- 1 Quando actoris non interest habere id, quod convenit, datur conditio utilis. Contractus celebratus rescindi potest actione utili illius contractus. Etiam absque rescissione contractus actione utili agi potest ad repetendam rem, quae tradita est. Tangitur obiter text. in l. 11. §. ff. de action. empt.
- 2 Antonij Fabri sententia dicentis conditionem posse concurrere cum actione præscriptis verbis, refutatur. Cujacij, & Accursij sententia affirmantium conditionem utilem, & actionem præscriptis verbis eadem esse reprobatur. Hac sententia rejicitur ab inconvenienti, ex l. 39. de evict. l. 38. §. 2. de verborum obligation. l. 11. §. 5. de action. empt. l. 2. Co-

- dicte de pact. inter empt. & vendit. composit.
- Reprehenduntur aliqui, qui in l. 10. Cod. de pact. & l. 1. Cod. de pact. convent. verbis utilem, interpretantur actionem præscriptis verbis.
- 3 Eorum jurium recta, & elegans interpretatio traditur, & n. seqq. Eorum species proponitur, & difficultatis vis ponderatur. Retes, qui affirmat actionem præscriptis verbis posse concurrere cum conditione utili, non admittitur. In d. l. 10. conventio de reddenda dote, & causa subvertit, ut contractus incertus fiat Interpretatur textus in l. 23. de præscript. verbis.
- 4 Explicatur etiam textus in l. pen. cod. tit. ejusque verba referuntur. Etiam sine conventionione de reddenda dote agitur rei uxoria actione post initum matrimonium. Explicatur l. 1. de cond. cau. dat. l. 5. ff. de jur. dotal. Si agatur actione præscriptis verbis, nunquam pertinuisse conditionem creditur. Idem si agatur condicione ad repetendam rem, creditur conventionem non præcessisse. Conditio utilis, & actio præscriptis verbis non simul cedunt, l. 27. §. fin. de procurat. Reprehendendi sunt, qui querunt ex quibus contractibus incertis nascatur conditio causa data causa non sequuta. Conditio hæc qua de causa, & ratione nascatur, ostenditur.
- 5 Explicatur textus in l. 21. §. 3. de ann. legat. Illius l. questio, & species proponitur.
- 6 Profequitur explicatio, dict. leg. 10. Codic. de pact. Ubi actio præscriptis verbis dari potest, multo magis dabitur conditio naturalis, non è contra, & n. seq.
- 7 Actioni præscriptis verbis inest actio in factum, non è contra. Plurima exempla ad superiora referuntur. Cui plus licet, etiam quod minus est, licet; non vero è contra. In casibus, quibus competit actio præscriptis verbis, non datur conditio utilis, nisi prius removeatur illa actio. Quod specialius est, generali derogat: Et quod sit derogare, ostenditur. Ratione urgenti convincuntur, qui in dict. leg. 10. utilem, pro actione præscriptis verbis accipiunt.
- 8 Concurrere non possunt actiones, quarum una alteram tollit. Actiones quae concurrunt, altera alteram non consumit, & quare? Utilis actio nulla datur nisi in subsidium directarum. Obiter attinguntur, l. 19. §. ultim. de precar. l. 7. §. 1. de pact. l. 13. §. 1. l. 22. in fin. ff. de præsc. verb. Reprehenduntur motu excusatione qui verbum utilem accipiunt pro actione præscriptis verbis in dict. l. 10. l. 1. Codice de pact. convent. l. 6. Cod. de transact. l. 1. §. 9. ff. mandati l. 5. §. 4. de præsc. verb.
- 9 Ubi actio præscriptis verbis est, non potest prius dici

- dici conditionem esse, quam actio illa removeatur.
- Omnis conditio utilis, naturalis est. Omnis actio præscriptis verbis, civilis. Quare in dict. leg. 10. non removeatur prius actio præscriptis verbis, ut datur conditio utilis?
- Explicatur l. 5. §. 1. l. 7. de præsc. verb. l. 2. de cond. sine cau. Actionem præscriptis verbis directam esse, & non posse concurrere cum conditione utili, ostenditur. Notatur Retes circa explicationem, d. l. 10. & l. 1. in eo, quod alios notat.
- 10 Supradictis valde ob stare videtur text. in l. 6. C. de jur. dot. Ejus species proponitur, & ex ea duplex difficultas ponderatur.
- 11 Constituitur differentia inter dotem datam à patre, & à qualibet persona extranea. Dos adventitia est, quam persona extranea dat pro muliere nuptura. Dos adventitia soluto matrimonio cedit lucro mulieris. Aliud observatur, si interposito pacto, vel stipulatione de reddenda dote caveatur. Quae datur dot. receptitia, in l. 3. §. 1. ver. sed & dos de mort. cau. donat. Ulpian. in fragm. tit. 6. §. 5. Explicatur l. 24. de jur. dot. & l. unica §. accidit C. de rei uxoriae action. Pactum in continenti adjectum format contractum innominatum. Non laudatur Retes in eo, quod credidit pactum nudum fuisse, in l. 6. Codic. de jur. dotal. Cum ibi Imperator pactum dixerit, quid constituerit, ostenditur.
- 12 Traditur elegans interpretatio, dict. leg. 6. Codic. de jur. dotal. ejusque difficultas dissolvitur. Quare quando pater filiae dotem dedit cum pactione de ea reddenda, non datur actio præscriptis verbis. Etiam si non precedat conventio de reddenda dote, dos à patre, vel à filia data reddenda est. Explicatur l. 6. l. 50. l. 59. Digest. de solut. matrim. Patris conventio de dote ei reddenda non accipitur in contractum, & quare? Quare in l. 17. Digestis ad Senat. Conf. Macedon. dicitur repetitionem dotis dari?
- 13 In dote adventitia conventio de reddenda dote producit actionem præscriptis verbis. Perficitur explicatio, l. 10. Codic. de pact. l. 6. Codic. de jur. dot. l. unica §. accidit Codic. rei uxoriae action. l. 20. §. 1. ff. de pact. dotal. Interposita conventione de reddenda ipsa re absque lucro fit contractus incertus. In conventionione de alia reddenda præcisè agi debet actione præscriptis verbis. In pactione de re reddenda alia re est actio præscriptis verbis, si malit actor, conditio utilis.
- 14 Superiora etiam verificari in contractibus certis ostenditur. Quare in l. 6. §. 1. de contrah. empt. l. 33. locati.

- l. ultim. de cond. ob turp. caus. l. 2. de cond. sin. cau. l. 7. de doi. l. 24. §. 1. de usufr. Paul. lib. 2. tit. 17. sent. fundum, actio vocatur civilis?
- Et quare eadem actio appelletur conditio, in dict. l. ultim. in princ. de cond. ob turp. caus. d. l. 2. de cond. sine caus. l. 11. §. 1. de action. empt.
- Eadem actio appellatur actio in factum, in l. 3. §. 17. de edil. edict.
- 15 Explicatur l. 4. §. 1. de reb. cred. l. 13. §. 1. de positi, l. 38. §. 10. de usufr. Explicatur etiam lex 34. §. 1. de obligation. & action. & contra interpretes inducitur.
- 16 Quando datur conditio naturalis, actio civilis pro nulla habenda est. Ex aliis contractibus civilibus, quam ex permutacione oritur obligatio. An in contractibus, qui consensu perficiuntur, permutacio interviniat?
- 17 Post rei sue repetitionem creditur illam ab eo nunquam abuisse. Nudo jure naturali cum res non poterat repeti, quare dicitur conditio naturalis, ostenditur.
- 18 Ostenditur ratio, quare actio præscriptis verbis ad heredes transmittatur, & rei uxoria actio neutiquam? Explicatur lex unica §. maneat 4. Codic. de rei uxoriae action. & l. 6. Codic. de jur. dot. Quare dotis dario dicitur, naturalem habere prestationem? Redditur alia ratio, quare in l. 6. C. de jur. dot. datur actio præscriptis verbis: Et in l. 10. C. de pact. non datur.
- 19 Attingitur obiter, l. 18. §. 2. ff. famil. erciscund. Post facta omnia judicia extraordinaria non remanet differentia inter actiones præscriptis verbis, & in factum, & inter civiles, & extraordinarias.
- 20 Refertur argumentum, quo interpretes credunt, præscriptis verbis actionem utilem esse.
- 21 Dicta obiectio dissolvitur, & in quo sine similes contractus incerti contractibus certis, ostenditur. Explicatur l. 5. §. 3. & 4. l. 17. §. 2. in fin. de præsc. verb. l. 6. de resc. vend. l. 2. de rer. permutat.
- 22 Ponderatur levitas argumenti, & omnino dissolvitur.
- 23 Antecedens argumentum quo dicitur actiones præscriptas esse inductas ad similitudinem provenientium ex contractibus certis, falsum esse ostenditur. Earum similitudo, in quibus debeat verificari, demonstratur. Minorem etiam propositionem inconcinne conceptam esse probatur. Assignantur plures alia similitudines inter actiones certas, & incertas.
- 24 Actiones præscriptis verbis directas esse resolvitur. An actiones præscriptis verbis, bonae fidei sint, restricti juris? L. 2. §. 2. de præc. l. 2. §. ult. de adm. rer. ad civit. pertin. Explicatur.

Explicatur §. 18 Instit. de action. qui obflare videtur veriori sententia.
Actiones provenientes ex contractu ultrò citròque obligatorio sunt bonæ fidei.
Præscriptis verbis actiones bonæ fidei esse rectè ratione ostenditur.

Circa hanc questionem, quæ certè subtilissima est, diximus plura in superiori, lib. cap. 6 ad explicationem, l. ult. ff. de cond. cau. dat. cau. non secur. quæ videnda sunt, & etiam ea, quæ notabo infra hoc lib. cap. 8, num. 11. Non tamen scripsimus omnia, quæ necessaria sunt ad hanc disputationem perfectè peragendam. Et memini me huc vos ibi remississe promittentem eodem cap. num. 7, ubi tractatum. Primò, ut passim docuimus supra, & præcipuè d. cap. 6, ubi actoris non interest ei dari id quod convenit, dicitur rem à se datam condici posse, quasi causa data causa non sequitur, & quasi illa conventio contractus non sit, non solum tunc, quando absque præcedente conventionem res traditur, sed etiam, quando intervenit contractus, quo obligatio de reddenda alia re, quam ea quæ data fuit, vel ejus æstimatio, orta fuerat: Dummodò actione utili illius contractus agatur ad rescissionem conventionis, vel insuper habità illà actione utili, rectè vià agatur conditione utili ad rei repetitionem, habendo contractum, qui perfectè celebratus fuit, pro obliterato, ac si nunquam talis contractus intervenisset secundum ea, quæ ex l. ex empto 11. §. 5 qui vina 6 ff. de act. empt. diximus supra d. lib. 2. c. 6. num. 15 & seq. Et parum rectam jurisprudentiam docebit quicumque dixerit, actionem præscriptis verbis esse eandem conditionem utilem, quæ datur cuicumque ad rei suæ repetitionem, etiam si de ea re reddenda intervenisset conventio.

Antonius Faber locis à nobis adductis, in d. cap. 6. ait conditionem naturalem concurrere posse cū actione præscriptis verbis, eumque non levibus impugnavimus. Aliter Cujacius in l. legem 10. C. de pactis & in l. 1. C. de pact. convent. tam supra dot. Conditionem utilem interpretatur sic, id est præscriptis verbis actionem; quasi eadem sit conditio utilis cum actione directa præscriptis verbis. Hoc genus interpretandi didicit ab Accursio in d. l. legem 10. quod si admittatur, quod prohibebit nos dicere, actionem ex stipulatio utilem esse: Vel utilem actionem cum directa ex eodem origine concurrere: Cum habeamus stipulationem utilem appellatam ad restitutionem in integrum, in l. minor 39. ff. de evictio & etiam directam ex locato actionem utilem vocatam, in l. stipulatio 38. §. 2. in fin. ff. de verborum obligat. Sic etiam actionem ex empto quæ utilis vocatur ad distrahendam emptionem, in l. ex empto 11. §. si quis virginem 5. ff. de action. empt. Sic etiam ex l. si fundum C. de pact. inter empt. & vendit. composuit. Ubi dicitur dari actionem præscriptis verbis, vel ex vendito ex contractu emptionis, & venditionis colligere possumus præscriptis verbis actionem eandem esse cum actione ex empto, & vendito; vel præscriptis verbis actionem concurrere cum actione ex empto, & vendito: Ergo quihæ casus fuisset affirmare, si esset apud Jurisperitos valdè insipiens, quid honestius possemus dicere, vel saltem interius sentire de his maximis viris, qui dixerunt, præscriptis verbis actionem concurrere cum conditione naturali, & quod debeat in d. l. legem d. l. 1. C. de pact. convent. & aliis in locis Conditionem utilem actionem præscriptis verbis interpretari; si propter hanc sententiam solam judicium de eorum pruden-

tia, & sapientia faciendum foret?

Si d'interpretemus meliùs illa jura retentà voce 3 utilis Conditio in dictis legibus. In dict. l. legem 10. C. de pact. & l. 1. C. de pact. convent. tam supra dot. (in qua eadem ferè verba habentur, ac in illa) quando dos dabatur, conventio hæc interposita fuit, ut quandoque solveretur matrimoniu, dos redderetur ei, qui eam pro muliere nuptura dederat: Cui conventio causa etiam subit. illaque est ipsa dotis datio. De act. one, qua ibi agendum sit, quaeritur; & Imperator docet, utilem actionem dandam esse ad repetitionem dotis: Sed nos dicimus præscriptis verbis actionem competere, quoties præcesserit conventio de reddenda re: Et certum est in dict. l. 10. præcessisse conventionem, & ex ea contractum intervenisse in illis verbis: Legem quam dixisti, cum dotem pro alumna daret: Ergo rectè videtur interpretari ab Accursio, Cujacio, & aliis utilis actio, id est actio præscriptis verbis, in dict. l. legem 10. Quibus etiam assentiri videretur novissimè plures interpretes referens Doctor Josephus Fernandez à Retes lib. 2. opus. sect. 1. cap. 1. in princ. & num. seqq. qui etiam affirmat cum conditione concurrere posse actionem præscriptis verbis, d. l. lib. sect. 3. capit. 3. numer. 1. Sed eum, si satis abundè non refutavimus supra lib. 2. c. 6. hic plura docebimus ad emendam funditùs sententiam eorum, qui conditionem naturalem, seu actionem in factum dicunt concurrere cum actione præscriptis verbis. Nunc ad interpretationem rectam, l. legem 10. C. de pact. ibi conventio de dote reddenda intervenit, cui conventio etiam subit causa, quæ est traditio dotis: Et ita utraq; accedente fuit celebratus contractus innominatus, ex eoque competit actori, si velit eà uti, actio præscriptis verbis: Ubicumque enim conventio de reddenda re præcesserit, illa actio redditur: Tamen quia conventio, quæ intervenit, non fuit de reddenda alia re, sed de reddenda ipsa re, id est ipsa dote, quæ tradita fuit, idè dicit Imperator utilem competere conditionem, id est naturalem, non quia non competere, directa actio præscriptis verbis; sed quia frustrà dicitur erat, eam ex conventionem dandam, postquam non agitur de petenda alia re distincta, sed de repetitione ipsius rei, quam dederat; ad quam repetitionem sufficiebat hæc conditio naturalis. Et sic intelligendus est text. in l. duo 2. §. ff. de præsc. verb. ubi quod Alfensius ait, posse cum eo agi in factum actione, be possumus cum Accursio interpretari, id est actione præscriptis verbis: Sed tamen id non est necesse, quia agitur tantum de restitutione ipsius annuli, qui traditus fuerat, ad quam sufficit conditio naturalis, quæ idem est cum actione in factum. Aliam viam conciliandæ hujus, l. legem 10. cum l. avia 6. C. de jur. dot. invenies infra n. 18.

Eadem ratione in l. si operas pen. ff. de præsc. verb. Martianus distinctionem facit inter dationem unius rei, ut pro ea detur alia & dationem indebiti; ita ut quando datur res, ut alia reddatur, contractum facit, & illum tribuit juri gentium: Quando verò indebitum solvitur, datio tantum naturalis est, & illam tribuit juri naturali in his verbis. Nam aliud dandò, ut aliud reddatur, obligari juri gentium possumus: Quod autem indebitum datur, aut ipsum reperti debet, aut remittendum ex eodem genere. Eodem modo postquam per divortium solum fuerit matrimonium, seu finita causà, ob quam dos data est, etsi nihil convenerit de restituenda dote; perinde agitur rei uxoriæ actione, ac si ab initio dos sine causa data, & per errorem soluta esset, l. 1. ff. de cond. sine cau. l. quo fundum 50. ff. de jur. dot. Itaque cum nihil utilitatis addiderit

derit conventio quantum ad restitutionem, seu repetitionem dotis, quam quod ex sua natura habuisset ipsa datio dotis absque conventionem; ideo dicit Imperator in dict. l. legem 10. utilem esse conventionem; quibus verbis significare voluit, conventionem ex qua dari poterat actio præscriptis verbis haberi quasi non intervenisset; cum repetitione naturali utili conventionem interveniente idem quod actione directa consequatur: & sic interpretanda est dict. l. legem 10. C. de pactis. In qua notari volo, ne decipiamus Lectorem, quòd quando dicimus ex ea conventionem competere posse actionem præscriptis verbis, & tamen dari utilem actionem; nos non dicere utramque concurrere, ita ut electio alterutrius detur: nam si agatur actione præscriptis verbis, nunquam pertinuisse conditionem utilem creditur: si verò conditione utili agatur, contractum habemus pro obliterato, quasi non præcesserit conventio, sed sola traditio rei sine conventionem intervenisset. Itaque cum ad hoc ut alterutra exerceri possit, necessarii requiratur, ut nulla altera pertinere credatur, quam illa, quæ utimur; quia non semel cedunt, non semel competunt: l. in causa 27. §. ult. in fin. ff. de procurat. ibi: Et licet procuratori commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis actio, directa penitus tollenda: inde est, quòd concurrere non possunt actio præscriptis verbis, & conditio utilis, ut docuimus supra d. l. 2. cap. 6. num. 15. Unde colliges forsàn evidentè apparere, non esse rectam disputationem eorum interpretum, qui nimis anxie quaerunt, ex quibus contractibus innominatis nascatur conditio causa data causa non sequitur; quia illa non nascitur nisi ex nuda datione rei: & quamvis dicatur in aliquibus legibus, ubi supponitur contractus innominatus, hanc conditionem dari; ita tamen datur, ut quando datur, tunc pro obliterato habeatur contractus, & conventio, quasi ea nunquam intervenisset. Inter hos interpretes, qui supradictam questionem inani labore movent, referuntur Anton. Faber, & Duarenus ad tit. de cond. cau. dat. cau. non sequitur. Donell. lib. 14. comment. jur. civil. cap. 20. & seq. & in l. si pro fundo 33. Cod. de transact. Hieronym. Treuiler. select. volum. 1. diffus. 22. thes. 1. litter. F. E. G. & thes. 2. per tot. Joseph Fernandez à Retes, qui alios plures refert, & sequitur lib. 2. opus. sect. 2. cap. 1. Ergo tota hæc quaestio, quasi inutilis, & jurisprudentiæ rectè repugnans omnino obliteranda etiam est.

Ex eodem fonte descendit intellectus text. in l. liberto 21. §. Lucius Titius 3. ff. de ann. legat. ubi proponitur Lucium Titium Sebastianorum civitatis patriæ suæ testamento centum legasse sub ea conditione, ut ex illius quantitate usuris certamina alternis annis celebrarent sub nomine testatoris: & si eam conditionem accipere nolisset civitas, nullo modo voluit hæredes suos esse obligatos ad præstandam pecuniam. Postè Præfes Provinciae solutis hæreditariis nominibus debitorum; dedit Reipublicæ idonea nomina in causam legari; & post adjudicationem nominum à plerisque debitoribus adjudicatis. Respublica sibi pecuniam percepit; noluit tamen conditioni per testatorem imposite obtemperare: & idè hæredes petebant sibi restitui pecunias, quas ex nominibus assignatis perceperat Respublica: quaerebatur quæ actione possint hæredes agere? & Consultus respondit in his verbis: In his quidem summis, quæ per numerationem, vel novationem soluta Hieron. Oroz, de Apicib. Jur. Civil

sum, utilis repetitione hæredes adjuvandos: Ratio est, quia nihil aliud, quam rem, quam dederant, seu ejus æstimationem sine lucro repetant; non aliam pro ea, quæ data fuit: & ad consequendum id ipsum quod datum sit, sufficiat conditio naturalis. Eandem explicationem recipit text. in l. quod si volit 31. §. in factum 17. ff. de adil. edit. unde sumendum est etiam exemplum ad d. l. legem 10. C. de pact.

Itaque in dict. l. 10. circa cujus explicationem tam longam disputationem facimus, nulla causa apparet, quare agendum sit ex conventionem: ex re verò agi potest, etiam si intervenisset conventio; imò plus dici potest, quòd ubi directa actio est, seu dari potest ex conventionem, multò magis danda sit, seu insurgat conditio naturalis; non verò e contra l. ex empto 11. §. is qui vina 6. ff. de action. empt. secundum ea, quæ diximus supra cap. 6. num. 15. Actioni præscriptis verbis inest actio in factum, quia certum est post conventionem intervenisse factum traditionis, ex quo competit conditio utilis; non verò è contra conventionem utili inest actio præscriptis verbis, quia ubi factum intervenit, ex quo resurgit naturalis conditio, non præsupponitur, conventionem, ex qua nascitur actio præscriptis verbis, intervenisse; imò non intervenisse credendum est: itaque actioni præscriptis verbis inest actio in factum (vide infra cap. 9. num. 2. §.) ut agnationi inest cognatio, jurisdictioni notio, petitioni officium judicis, actioni strictæ arbitrium boni viri, proprietati ususfructus, vi dolus, dolo culpa, actioni exceptio, juri civili jus naturale, jurigentium jus civile, speciei genus, majori minus; non verò è contra: de quibus egimus in lib. præcedentibus. l. ult. ff. de cond. ob turp. cau. l. si fullo 2. ff. de cond. sine cau. l. de eadem 5. ff. de except. rei judic. l. in duobus 18. §. exceptio 4. ff. de jur. jur. l. si tutor 5. ff. de tutel. & ration. dist.

Ubi datur actio præscriptis verbis, potest dari etiam utilis conditio; non tamen è contra, ubi datur conditio, etiam actio præscriptis verbis potest dari: itaque de actione utili, de qua agitur in d. l. legem 10. C. de pact. non possumus inducere, nec dare directam præscriptis verbis, actionem: non enim sicut cui plus licet, non potest & quod minus est non licere, l. non debet 21. ff. de regul. jur. è contra cui minus licet, etiam potest licere quod plus est: Idè in eo casu, quo competit actio directa præscriptis verbis, locus erit etiam utili conditioni per se, dum tamen removeatur directa, quia non simul cedunt, non simul competunt, ut dixi ex dict. l. in causa 27. §. ult. ff. de procurat. sicut agnatio & cognatio non simul cedunt, neque ullus unquam in jure vidit, ut uni eisdemque agnato agnationis, & cognationis nomine simul hæreditas, vel bonorum possessio per se deferatur. Uterius certum est in jure, id quod specialius jus est, derogat generaliori juri, l. in toto 80. ff. de regul. jur. & derogare nihil aliud est, quam tollere si non totum, saltem partem; si non genus, saltem speciem l. derogatur 102. ff. de verb. signif. ergo actio præscriptis verbis, dum in contractibus, aut conventionem derogat conditioni rei suæ, eam omnino tollit. Ex quibus rectè apparet, quòd qui in dict. l. legem 10. introducit actionem præscriptis verbis interpretando illa verba utilis conditio sic, id est actio præscriptis verbis; ipsum in ea lege conditionem utilem, quam ipsa lex dicit, tollere non dubitarem, si lex ea actionem præscriptis verbis dari diceret, sicut dixi utilem dari conditionem: sed lex negat dari actionem præscriptis verbis, quia neglexit conventionem, ex qua oritur illa actio; & obliterato contractu, quia ad rei suæ

repetitionem tantum agi debet; decrevit conditionem utilem dandam esse, quasi nulla pactio intervenisset, aut quasi ob causum datum sic causa non sequuta, vel finita. Et idem legem illam, quae dicit conditionem utilem dandam esse ad repetitionem dotis, interpretari ita, est actionem praescriptis verbis, id magis videtur perverso legis, quam interpretatio; quia qui sic eam interpretatur, sententia & interpretatione sua omnino tollit sententiam, & interpretationem legis.

8 Eadem ratio est de concursu actionum hae enim actiones, quarum una alteram tollit ipso jure concurrere certe non possunt: neque illae, quae concurrunt, quia omnes aequae principales sunt, altera alteram consumit, si reus 13 ff. de duobus reis (de concursu actionum vide Joan. Jacob. V. Vissenbachium disput. jur. civil. disput. 48. per totam, & Osuvaldum lib. 2. 1. comm. Donel. cap. 3.) & concursus non nisi actionum aequae principalium datur: quare cum utilis actio nulla deur nisi in subsidium directarum, ut ex Antonio Fabro in jurispr. Papin. tit. 1. princ. 2. illat. 3 & aliis docuimus supra; inde est, quod utilis, & directa actio; seu (quod idem est) conditio naturalis, & actio praescriptis verbis concurrere non possunt. Concursus aequae principalium actionum inducitur ex eo, quod alterutra actio aequaliter potest, id est nihil potest in se mutuo alteram tollendo, si duo 93. §. sed etsi 2. ff. de solut. idem in dict. l. legem, cum recurrimus ad conditionem utilem, per necessarium antecedens debemus dare pro obliterata illa pactioe, ex qua poterat directa praescriptis verbis actio nasci. Deinde, si concursus (ut dixi) aequae principalium actionum est, ita ut non possint concurrere nisi actiones, quae ad unam rem petendam aequalem vim & potestatem habent; quomodo poterunt actio praescriptis verbis, & conditio naturalis concurrere, cum alterutra ad diversas res petendas oriatur; actio praescriptis verbis, ad repetendam ipsam rem, quae data est, vel ejus aestimationem absque ullo lucro, l. naturalis 1. §. si quidem 1. l. si tibi decem 7. ff. de praescript. verb. Si in dict. l. legem 10. C. de pact. Imperator dixisset dari actionem in factum, vel incerti actionem, ut dicitur in l. duo 19 §. ult. ff. de precar. aliquam excusationem interpretes praedicti haberent suae interpretationis; quia etiam ubi conventio fuit de alia re reddenda, quam quae data est, multoties Jurisconsulti actionem, quae tunc datur, appellant actionem in factum, vel incerti actionem; tantum aliquando adjiciunt praescriptis verbis, vel civilem actionem, ut intelligamus de qua actione in factum loquantur: qualiter contingit in l. jurisgentium 7. §. sed etsi 2. ff. de pact. l. sed si rem tibi. §. 1. circa fin. l. si tibi polienda 22. in fin. ff. de praescript. verb. Sed quo colore se excusare poterunt, dum ex d. l. legem. l. 1. C. de pact. convent. l. cum nota 6. C. de transact. (quam interpretati sumus supra hoc lib. cap. num. 12) & aliis (quae non multum ad propositum accedunt, ut sunt l. 1. §. si quis servum 9. ff. mandati, l. naturalis 5. §. sed si facio 4. ff. de praescript. verb.) Quibus dicitur conditionem utilem dari, interpretantur, id est actionem praescriptis verbis, affirmantes omni in casu praescriptis verbis actionem utilem esse, vel actionem praescriptis verbis cum conditione naturali concurrere?

9 Uterius, dum dicitur utilem conditionem esse, ubi conventio interposita fuit, ex qua praescriptis verbis actio esse poterat, non prius dici potest conditionem utilem esse, quam directa conventionis causa, & ex ea actio directa remove-

tur, & habeatur, ac si nunquam talis conventio intervenisset, & nunquam ex ea directa actio orta fuisset; ita, ut tunc conditio utilis sit nuda & mera, quae ab omnium postrema ob rem datiene ad repetitionem rei suae datur: quae datio omnino differt ab eo, qui proprie contractus dicitur, quia omnis conditio utilis nihil, quam naturalis est: omnis vero actio praescriptis verbis est civilis ut abunde docuimus supra lib. 2. cap. 6. num. 5. & seqq. Hoc tamen fateri convenit, quod in dict. l. legem 30. C. de pact. non removeatur recta conventionis causa, neque dicatur ex ea conventionem non nasci actionem praescriptis verbis: de utili enim conditione dande solum est expressus ibi Imperator Alexander, non vero de directa praescriptis verbis actione removeanda; sed officium interpretum fuit eam removeere, postquam certum sit apud omnes actionem utilem per se cum sua directa actione concurrere non posse: id fuit apud Paulum Jurisconsultum verissimum esse credit quicumque in l. naturalis 5. in princ. §. 1. haec verba ab eo scripta perlegerit: *Dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actio e id veniet: non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest mea illud de quo content accipere: vel si mem recipere velim, repetatur quod danti est quasi ob rem datam re non sequuta cogitet etiam quae a Papiniano scripta sunt in l. si tibi 7. ff. de praescript. verb. si tibi decem dederis, ut Stichum manumittas, & cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti me interest: ut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas: videat etiam Ulpianum in l. si fullo 2. ff. de cond. sine cau. Ergo meritum sequenda est nostra sententia, quae etiam Hieronymi Treuterli est selectar. disp. volum. 1. disp. ult. thes. ult. qua affirmamus actionem praescriptis verbis civilem, & directam esse, quia oritur ex directa conventionem, & recto contractu; illamque non posse concurrere cum conditione naturali, quae datur ad repetitionem rei suae solam sine alio ullo lucro. Neque de inceptu Doctor Josephus Fernandez de Retes de Jurisprudencia subtili non male meritis, asseveret non posse commode responderi supradictis legibus adductis ab eo ad probandam contrariam sententiam lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 8. n. 1. & 3 quia non solum commode, sed etiam verissime, ni fallimur, a nobis usque ad nauseam satisfactum est: neque ipse dict. l. legem 10. C. de pact. & dict. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. feliciter interpretatur dict. lib. sect. 4. cap. 4. num. 8.*

10 Sed proposito nostro adhuc ob stare videtur valde text. in leg. avia 6. Cod. de jur. dot. ubi Imperator Miximus ait, quod avia nepae suae nubenti aliqua in dotem dederat, non interposita stipulatione de reddenda sibi dote: sed sola pactio interposita fuerat de restituenda dote: deinde pater hujus neptis haeres matri suae stirit, quae dotem nepi dederat praecedente illa conventionem, ut dos tibi redderetur: quare, an si filia decesserit, possit pater ut haeres aviae petere dotem, & qua actione? & respondit Imperator, posse actione praescriptis verbis eam petere: & in fine textus diversum esse ait, si pater dotem dederit: nam tunc non dabitur actio praescriptis verbis, sed conditio naturalis, ut in superioribus docuimus. Rationem hujus differentiae elegantem, & que digna est, ut subtiliter explicetur, tradit Imperator in his verbis: *Neque enim eadem causa est patris, & matris paciscentium: quippe matris pactum actionem praescriptis verbis constituit: patris dotis actionem praescriptis nomine competentem conventionem simpliciter*

simplici minime creditur innovare. Ergo in dict. l. legem 10. Cod. de pact. Quia extraneus fuit, qui dotem dedit, ad ejus repetitionem non potuit conditio naturalis dari, ut recte ex hac l. avia colligitur ibi: *Quippe in matris pactum a bonem praescriptis verbis constituit*, itaque apparet non constituisse conditionem naturalem. Ergo non sunt reprehendendi, imo recte faciunt, qui in d. l. legem haec verba, *conditio naturalis interpretantur sic, id est, actio praescriptis verbis*. Uterius quare non potest oriri actio praescriptis verbis, quando pater convenit de restituenda dote; cum pro certo praesuppositum habeamus in superioribus, non illam regulariter dari, quotiescumque intervenit conventio de reddenda eadem re, quae data est: De quo etiam videnda sunt quae dicemus infra hoc c. n. 18.

11 Ut duabus his difficultatibus apte respondeamus necesse est scire quae differentia sit inter dotem a patre datam; & illam, quam avia, vel alia persona extranea dederit: Dos adventitia est, quam extranea persona dat pro muliere nuptura, l. adventitia 5. §. si pater non quasi pater 6. ff. de jur. dot. Haec dos solum matrimonium quocumque mulieris cedit, l. Titia 34. ff. de solut. matrimon. l. si dotem 24. C. de jur. dot. l. unica §. accedit 13. C. de rei uxor. action. nisi pacto seu stipulatione interposita extraneus sibi dotem reddi caveret, quae dos dicitur recepticia, quoniam illam sibi specialiter recipit ex speciali stipulatione, vel pacto, l. mortis 31. §. sine donatione 2. vers. sed & dos de mort. cau. do. in. Ulpian. in fragm. tit. 6. de datib. §. a adventitia 5. Pactum enim tale interpositum traditionibus dorum valet, sicut & ceterarum rerum, l. in traditionibus 48. ff. de pact. maxime si in continenti addatur. d. l. si dotem de jur. dot. & tunc illa pacto, seu conventio parit actionem civilem contractus incerti, id est, praescriptis verbis ut probatur ex d. l. unica §. accedit C. de rei uxor. action. quoniam pactum in continenti adjectum format contractum innominatum, ut docet Doctor Retes d. lib. 2. opuscul. sect. 4. c. 4. n. 8. in fin. qua de re laudat Cujacium hanc sententiam proferentem in d. l. unica §. accedit: Nos etiam Retem ipsum laudamus in ea, excepto quod dixit, pactum nudum esse interpositum in d. l. avia: Nam ibi pactum pro conventionem posuit Imperator: Quae quidem conventio cum praecedisset ipsam rei dationem, & postea subsequuta traditio fuisset, etiam a principio consensus seu pactiois contractum esse non dubitabit quisquis legerit quae circa hanc rem venia tanti Doctoris adverfus eum supra scripsimus lib. 2. c. 6. nu. 28. 30. 31. 32. & duobus seqq. & praecipue numero quinto & seqq.

12 Itaque in dict. l. avia 6, datur ex conventionem de reddenda dote actio praescriptis verbis, quando extraneus eam dotem dedit: Si vero pater dederit, non potest dari, sed datur conditio utilis; quia dos ab ipsa uxore, vel a patre ejus data non magis ex conventionem de ea reddenda, quam sine conventionem eis ipsis reddenda est, quia patri redditur illa ratione, & obligatione naturali, ne si non redderet ei dos a se profecta, filiae amissa, & pecuniae damnium simul sentiret, l. succursus 6. ff. de jur. dot. l. dor 4. C. de solut. matrimon. l. si ab hostibus 10. l. fia 59. ff. de solut. matrimon. (quam pessime hanc legem intelligat Bachou. in exercitacion. advers. Ant. Fab. in civil. ultim. dec. 99. error. 8. ex his quae diximus facile percipies), l. eas 8. ff. de cap. minut. l. filius familiaris 17. ff. ad S. C. Macedon. dict. l. profecticia 5. §. adoptivum 13 ff. de jur. dot. Ulpian. in frag. dict. tit. 6. §. mortua 4. & §. divorcio, & quae eleganter scripsit Hieron. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

Anton. Fab. lib. 13. conject. cap. 1. retractans aliam suam sententiam, quam substituerat, lib. 1. conject. cap. 6. Donell. lib. 14. comment. jur. civil. cap. 6. ibi Osuvald. liter C. Cujac. lib. 9. quaest. Papin. in l. si socius 8. ff. pro soc. Itaque si pater convenit de dote sibi reddenda, ea conventio non accipitur in contractum, neque ex ea intelligitur recessum a naturali obligatione, l. si ita stipulatus 126. §. Chri. Sogonus 2. vers. superest quaramus ff. de verborum obligat. Quasi ea conventio magis ex abundantia, quam necessitate apponita sit, quae de re sua tantum recipienda apponita est, ut in l. quasitum 12. §. si quis fundum 46. ff. de instrum. vel instrum. legat. Unde sit, ut in dict. l. avia 6. Cod. de jur. dot. nulla poterit esse actio praescriptis verbis, sicut neque in l. quae fundum 50. ff. eodem tit. & ea ratione in d. l. filius familiaris 17. ff. ad S. C. Macedon. dicitur repetitionem dotis dari ex dote quam dedit filius familiaris pro sorore sua, nulla interveniente pactioe de reddenda dote patri: quo indicatur, illam conditionem aded propriam esse patris, ut nullo extrinseco accidenti possit immutari: & id significant verba illa, l. avia 6. C. de jur. dot. patris, dotis actionem profecticia nomine competentem conventionem simpliciter minime creditur innovare.

In adventitia vero dote conventio, quae dationi dotis praecessit, aliquid facere potuit, ut tradit Ulpian. in fragm. dict. tit. 6. adventitia: & id quod potuit, est ut produceret actionem praescriptis verbis, quomodo diximus nasci ex illa conventionem, in dict. l. legem 10. C. de pact. ut & constat ex dict. l. avia C. de jur. dot. dict. leg. unica §. accedit Cod. de rei uxor. action. facit l. ob res 20. §. 2. ff. de pact. dotal. Et haec sit universalis, & recta propositio: Quoties conventio de reddenda re, quamvis non de alia re reddenda sed de ipsa re, quae data est reddenda concipitur (idem de facto, quam de datione statuendum est) datur actio praescriptis verbis, quia est contractus innominatus, qui non potest non producere suam directam obligationem, & actionem (si excipias, quomodo semper excipiendus est, illum casum, si quid obstat a naturali obligatione recessum esse, ut in dote profecticia: Nam tunc nulla nascitur obligatio, & actio civilis, etiam si conventio expressè praecesserit.) Haec tamen differentia observanda est, quod si conventio, quae intervenit, sit de alia re reddenda quam ea, quae data est, debeat praesens agi directam actionem praescriptis verbis, quia tunc nihil juris habemus ex eo contractu nisi ipsam conventionem, nam conditio rei alienae non datur, sed per eam res propria, quae data fuit repetitur; & nisi ad ipsam repetendam vim aliquam non habet. Si vero pactio fuit de reddenda re ipsa, quae data fuerat, tunc datur etiam actio praescriptis verbis, si ea uti velitis, qui rem suam repetere intendit; tamen si noluerit petere aliquid amplius, sed solum rem ipsam, quam dedit, & simul velit habere contractum pro obliterato, & illam pactioem pro tali, ut nunquam intervenisse credatur, sed tantum intervenisse solum rei dationem; absque necessitate itur ad actionem civilem praescriptis verbis, nisi ea conventio quid speciale habeat supra repetitionem rei suae, quod ad lucri causam pertineat dict. leg. actionum 25. §. 1. ff. de obligation. & action. tunc enim sufficit conditio naturalis ut scripsimus supra dict. lib. 2. cap. 6. num. 5. & sequent. quem omnino vide.

Et haec aded vera sunt, quod etiam in ipsis contractibus nominatis, qui contractuum consensu perficiuntur, veluti empti, & venditio, locatio, & conductio, societas, mandatum, &c. si merces sola, quae data

data fuit; vel pecunia, quæ soluta est, repetenda sit ex eo, quod res alia, quæ danda erat, ante mortem perierit, aut aliquid aliud contigerit sine culpa ejus, qui dare debuit: Tunc etiam sæpius dicitur eam actionem, qua repetitur, civile. certi nominis esse ut in *l. sed Celsus* §. 1. ff. de cont. empt. l. si fundus 3. ff. locati, l. ultim. ff. de cond. ob turp. caus. l. si fullo 2. ff. de cond. sine caus. l. et g. amter 7. ff. de dolo, l. quoties 24. §. 1. ff. de usufruct. Paul. lib. 2. sentent. tit. 17. sentent. fundum; Aliquando tamen ea ipsa actio, qua merces, vel pecunia data repetitur conditio appellatur, ut in *l. ultim. in princip. ff. de cond. ob turp. caus. in princip. dicitur l. si fullo de cond. sine cau. l. ex empto* 11. §. 1. qui vicia 6. Digest. de action. empt. & etiam appellatur actio in factum, ut in *l. quod si noluit* 31. §. in factum 17. ff. de edil. edict. & harum duarum, conditionis scilicet, & actionis in factum similis certè esse videtur actio illa ex empto, quæ vocatur *utitur, in dicitur* §. 1. qui vicia utilitatemque esse actionem ex empto, etiam ad distrubendam inquis emptionem, ad differentiam directæ actionis, quæ dicitur perpetua in *l. si dictum* 56. ff. de evictio, l. si duorum 42. ff. de action. empt. l. 1. C. Theodos. tit. de jur. jf. & affirmatur lucrum etiam continere, ut in *l. dicitur leg. si fundus in fin. ff. locati*, quod proprium est directæ actionis empti, vel cuiuscumque alterius ex contractu directæ actionis, in qua lucrum etiam venit, l. si in venditione 60. l. emptor 67. l. evicta 7. ff. de evictio, Ratio est, quia in quocumque contractu etiam nominato, si non agatur nisi ad repetitionem rei datæ, ad quam repetitionem sola naturalis conditio sufficit, rectè dicitur competere actionem in factum, aut conditionem naturalem, ut abundè docuimus in n. superioribus, ad explicationem *l. legem* 10. C. de passis, & etiam ad explicationem, *l. avia* 6. Codic. de jur. detal.

Hæc eadem causâ, & ratione Ulpianus in *l. si quis causa*, §. 1. ff. de rebus credit. conditionem pro actione ignoratitia reponit ibi; Res pignori data, pecunia soluta condici potest. Eodem modo Paulus in *l. si quis inficiatus* 13. §. 1. ff. de positi, pro actione depositi conditionem posuit in his verbis: competit etiam conditio depositi rei nomine, *l. videamus* 38. §. si possessionem 10. ff. de usuris. Ratio est, quia in dictis, & similibus juribus non aliud, aut plus petitur, quàm quod datum est, sed id solum absque ullo lucro repeti desideratur, sicut evenit in *l. legem* 10. & huic repetitioni sufficienter satisfacere potest conditio naturalis, l. si operas 25. ff. de præsc. verb. l. quod indebitum 7. ff. de cond. indeb. In omnibus supradictis legibus esset perversum interpretandi genus, si conditio, quæ ibi competere dicitur, sic interpretaretur, id est, actio depositi commodati, & pignoratitia: Non enim eam interpretationem patienter sustinebunt juris Auctores, cum conditionem dixerint ad significandum id, quod passim retulimus, nempe ad repetendam rem suam vel ejus æstimationem sine ullo alio lucro. et si illa res data sit præcedente causa contractus sufficere conditionem naturalem solam. Itaque Paul. in *l. qui servum* 34. §. 1. ff. de oblig. & alt. funditus everit supradictum genus interpretandi à nobis sæpius refutatum, dum hæc scribit: *Si quis, cui rem commodatam, eam subripuerit, tenebitur quidem, & commodati actione, & conditione. Sed altera actio alteri perimit, aut ipso jure aut per exceptionem: Quod est tutius, in quibus verbum conditio, frustra quis interpretaretur, id est, commodati actio; cum jurisconsultus ibi alterutram competere velit: & sic facta interpretatio unica tantum esset actio; & illa, actio directa commodati: Neque necesse ha-*

bebat, postquam dixit competere commodati actionem, ad hanc etiam & conditionem, si idem voluisset dicere in hac, quod in illa dixerat. Ergo nè hæc tam absurda fateri cogamur, omnino interpretandum est verbum hoc *conditio* in dictis legibus, ut nos interpretati sumus.

Uterius in omnibus dictis locis, & aliis similibus datur conditio naturalis ad hoc, ut civilis actio, quæ ex his contractibus oritur, pro nulla habeatur; quæ non intervenisset aliqua pactio: Et ut datio, seu translatio dominij, quæ contingit per præcedentem traditionem ad non dationem, seu ad non dominij translationem reducat, & revocetur. Itaque à jure civili ad jus naturale omnia reducimus, eodem colore, ac si nihil tale per jus civile effectum esset. Circa quod vide quæ dicemus infra *cap. 5. numer. 4* à Distinctione dominiorum, quæ facta fuit per jus gentium *leg. ex hoc jure* 5. ff. de just. & jur. processit primum hoc, ut in permutatione aliud pro alio daretur, l. 1. ff. de contrah. empt. & idè obligatio non nascebatur nisi à re tradita, l. 1. §. item emptio 2. ff. de rer. permutat. Postè verò introductis contractibus, qui consensu fierent, & perficerentur, etiam ex his obligatio oriebatur, quàm ex permutatione, cum à sola conventionis, & mutui consensus interventione, non expectatæ rei traditione, nasceretur: Et ita in his contractibus amplius fuit quàm in permutatione simplici, quia consensus prior est rei traditione, vel facto trahendi. Hoc tamen notari potest, quod etiam in his contractibus, quæ consensu perficiuntur, permutatio videri possit intervenire: Quia in his quibus ultrò citroque nascitur obligatio, *leg. Labeo* 19. ff. de verborum significat. ab initio conventionis ali agit, ut hinc obligatio sit, ad hoc, ut illuc obligatio formetur: Et ita cum ibi detur obligatio in uno ex contrahentibus hoc sine, ut alter etiam se obliget; jam videri potest aliud datum pro alio, quod redditum est, quamvis res nondum plenè sequuta, imperfecta permutatio sit: quod verò ex his mutuis obligationibus res sequuta est, re vera adhuc permutationem inesse perpicuum est: Itaque omnino sive datio mutua, sive obligatio reciproca ad contractum necessaria est, *l. præerea* 5. §. ult. in fin. l. si procuratorem 7. §. si quis 3. ff. mandati, l. hoc amplius 9. §. Alfensu 2. ff. de damn. infect. Et hæc in obligationibus, in quibus agitur de alia re reddenda, quàm quæ data, vel facta est.

In illis verò, in quibus non agitur, ut aliud pro alio detur; sed ut ipsa res quæ data erat, restitueretur; nihil supradictæ dominiorum distinctione perfectum esse videtur, adèd ut agatur actione quæ præsumi omnino debeat, ne unquam aliquid datum sit, vel dominium ejus nunquam translatum esse videatur. Itaque postquam is, qui dedit, hac actione rem suam recuperaverit, videtur semper illam habuisse; & is, qui reddidit, nunquam eam accepisse; & hæc facta, quæ jure intercesserunt, alter dando, & alter accipiendo, ita obliviscimur, ut quidquid rei solutæ interim accesserit, simul cum ipsa re etiam restitueretur, quia id omne venit in hanc conditionem naturalem. Hoc ulterius notatu dignum est, quod nudo jure naturali id quidem, quod datum fuit, non potuerit condici, quia eo jure nondum illa fuit naturalis obligatio, aut solutio, nulla distinctio debiti, & indebiti: sed hoc non obitante dicitur conditio naturalis ex eo, quod si nullum dominium, nullaque obligatio eo jure sit; nulla etiam causa dandi, vel solvendi; nullaque consequentia dominij

dominij, vel dationis esse debeat. Et ex hac ratione provenit, ut omne id, quod ob rem datum est, te non sequuta restituendum sit omni ex parte in primæum, & integrum jus naturale, quo omnium omnia communia, & nihil tuum erat; nè aliter posito jure in mero, & nudo jure naturali remaneat aliquod vestigium juris gentium, dationisve præteritæ: & ea de causa semper præsupponitur, illam dationem non intervenisse, quæ ea sine causa, & sine ullo jure facta fuerit, facit textus in *lege debiti*, l. si quod dominus 63. Digest. de cond. in-act. l. vineamus 38. §. in Favianæ 4. Digest. de usur. l. quod si 24. §. restitutio 4. ff. de minor. lege 5. ff. de leg. comm. l. prætor 2. §. restitues 43. Digest. ne quid in loco publico. Ex quibus manifestè apparet, quod hæc conditio naturalis omnino contraria sit directæ, & civili actioni: Conditio enim nihil de jure gentium intervenisse præsupponit, sed omnia adhuc esse, ut erant in nudo jure naturali: Actio verò directa necesse habet omnia, ut provenientia à jure gentium quo introductum fuit tuum, & meum, & transferendi dominiorum causa, respicere: & idè ab eo, qui promisit id, de quo conventio fuit, auferet: Nam si jus gentium id non constitueret per nudum jus naturale non poterat avocari id, de quo conventio intervenisset. Quomodo ergo poterant concurrere directæ actio, & utilis conditio: Actio præscriptis verbis, quæ lucrum petitur; & repetitio naturalis, quæ res suâ absque alio lucro recuperatur; si sunt adèd opposita inter se, ut fundamentis, quibus una nititur, altera corruat: Et ita factum sine dubio est dicere, utramque æqualem esse: & idè utramque concurrere posse.

Denique diversas esse constat ex eo, quod sit certissimum, actionem præscriptis verbis de dote repetenda ad hæredes transeuntis jure hæreditario; actionem verò rei uxoriæ non transmitti, quia hæc actio nunquam à defuncto ante litis contestationem jure cepit, *l. unica* §. maneat 4. Digest. de rei uxoriæ action. dist. l. avia 6. Cod. de jur. dot. Ulpian. in fragm. tit. 6. §. post divortium 7. Hæc tamen differentia non aliunde venit, quàm ex natura ipsa actionum: nam præscriptis verbis actio directa est: Rei verò uxoriæ actio utilis tantum: Illa deducta ex contractu directo: Hæc ex postremo omnium æquo, & bono, seu jure naturali: & idè rei uxoriæ actio filiarum familiarum, seu suæ hæredi non competit jure hæreditario, sed proprio jure, nisi post mortem patris factam: Quâ ratione dicitur, dote dationem naturalem habere præstationem, & in bonum, & æquum concipi, *l. eas* 8. ff. de cap. minut. l. 1. §. Celsus 9. & §. sequent. l. cum quis 2. §. 1. in fin. ff. de dot. prælegat. l. si post 27. ff. de solut. matrim. l. pater suum familias 14. ff. ad leg. Falcid. l. denique 3. §. ergo etiam 5. ff. de minor. l. in eum 16. ff. de religiof. & sumptib. funer. l. si maritus 46. l. fundus 51. ff. fam. l. erciscund. Ulpian. in dist. §. post divortium facit, l. si verò 5. §. hæc autem actio 5. ff. de his, qui effuac. vel dejecer. Unde aliam, & non minus elegantem dabimus rationem quærentibus, quare Imperator ex conventionione, quæ præcessit, non dedit actionem præscriptis verbis, sed tantum conditionem naturalem in *act. leg. legem* 10. Codic. de pact. & in dist. l. 1. C. de pact. convent. tam sup. dot. & è contrâ in *l. avia* 6. C. de jur. dot. non dixerit, conditionem illam dari, sed actionem præscriptis verbis competere affirmaverit: Ratio verò hæc est, quia in *act. l. legem* 10. & l. 1. non habuit necesse actionem præscriptis verbis dare, quia suffi-

Hieron. Oroz, de Apicib. Iur. Civil.

ciebat conditio naturalis ad rei suæ repetitionem: At in *l. avia*, non potuit sufficere conditio naturalis: & idè actionem civilem præscriptis verbis competere Imperator rectè dixit. Differentiæ ratio est, quod in illis legibus pater ipse est, qui agit; & ita ei competit, & sufficit conditio utilis: In *l. rei uxoriæ* est, qui agere debet: Cum autem ad hæredes non transferatur conditio utilis (ut dixi supra) idè dixit competere actionem præscriptis verbis, quia agitur de transferenda actione in hæredes jure hæreditario.

Eodem modo Julianus in *l. his consequenter* §. idem quartus 2. ff. fam. l. ercisc. ubi nulla conventio intervenit, nullave datio unius rei pro altera vicissim reddenda; tentat hæredes posse inter se agere actione præscriptis verbis (quæ actionem de conventionione parvi pendens) ex eo, quod jus monumenti, de quo constituendo agitur, non minus singulos hæredes sequatur, ut diximus supra *c. 2. n. 4. & seqq.* quàm sequeretur obligatio, si ex ipsorum conventionione interesse contracta cepisset. Hæc circa præscriptis verbis, & in factum actiones diximus, strictum earum jus retinentes, hodie vero factis jam omnibus judiciis extraordinariis nulla remanet differentia inter actiones præscriptis verbis & in factum, id est inter actiones directas, & utiles *l. actio* 47. ff. de neg. gest. inter civiles, & extraordinem conceptas, l. si quis sepulchrum 12. ff. de religiof. & sumpt. fun.

Nunc respondeamus brevissimè argumento, quo moventur Cu. ac. in *l. sit. de præsc. verb.* Donet. in *cod. tit. c. 23. num. 3. & 4. D. D. Joann. à Chumazero* nunquam sine veneratione laudandus *select. disp. 8. num. 2. Pichard. in §. actionum* 28. *inst. de action. quest. 27. num. 58. Doctor Josephus Fernandez à Retes dict. lib. 2. opusc. sect. 1. cap. 8. & c. 1. num. 2. in fin. ut affirmant actionem præscriptis verbis utilem esse, & non directam: Argumentum quod deducunt, tale est, præscriptis verbis actiones procedentes à contractibus innominatis introductæ sunt ad similitudinem actionum contractuum nominatorum. Hanc propositionem probant, in *l. si quis servum* 9. ff. de positi, l. naturalis 5. §. sed si facio ut facias 4. ff. de præsc. verb. l. si gratuitam 17. §. Papinianus 2. in fin. cod. tit. Govean. lib. 2. *variar. cap. 28. Cujac. in l. juris gentium* 7. D. D. Joann. à Chumazero *d. disp. 8. n. 11.* Sed omne quod ex legis mente, vel ad alterius similitudinem recipitur, utile esse dicitur in *jure, l. nominis* 6. §. 1. ff. de V. S. O. fvald. & ab eo relati *lib. 1. comm. Donet. c. 14. lit. A. Pichard in princ. inst. de acquisit. per adrogat. n. 12. D. Franc. de Amaya lib. 1. observat. capit. 2. num. 4. Suarez de Mendoza lib. 3. ad leg. Aquil. cap. 7. in princip. vide & quæ nos diximus de actionibus utilibus ad exemplum directarum proferendis (suprà hoc lib. cap. 4. fecit per tot. præcipue num. 4. & seqq. ergo actiones præscriptis verbis utiles sunt, & non directæ; quia ad similitudinem aliarum actionum à contractibus certis provenientium introductæ sunt: & sic concludit Doctor Retes supradict. capite 8. in princ.**

Sed hoc argumentum non adèd urget nos, ut vim tot rationum à nobis supra abundè adductarum ad probandam contrariam sententiam, contemnamus: Itaque si perspicacius attendatur, longè alia est ab ea, quam supra adducti Auctores credunt, mens Jurisconsulti Pauli, dum in *act. §. sed si facio, ut facias*, dicit tutius esse in in utilibus fabricandis, & in debitoribus exigendis præscriptis verbis actionem dari; & illam actionem similem esse mandati actioni: Non enim ibi Consulutus vult dicere ad similitudinem actionis præscriptis verbis dante, quia suffi-

actionem introduci, ita ut utilis sic hæc, cujus directæ est actio mandati in ea specie, sed voluit dicere, quod circa præstationes contractus hic inominatus, & ex eo resultans actio, similem vim, & ubertatem habeat, ac actio illa, cui propè accedit: & argumentum talè facit, quemadmodum mandatarius hoc loco tenetur ad onus custodiæ, & præstationem damni ex dolo, vel culpa sua contingenti, *l. contractus 23. ff. de regul. jur. l. si procuratorem 8. §. penultim. & sim. l. creditor 60. §. ult. ff. mandati* Sic etiam in mutuis ædificandis insulis, & exigendis debitoribus mutuo præstandis, & computandus est dolus, & culpa, quatenus paria sunt: & idèd in *dict. l. naturalis 5. §. 1. ff. seqq.* præstationes quæ in actione empti, & venditi, locati, & conducti veniunt, & certæ sunt, & ordinariæ, ex eisdem actionibus ad actionem præscriptis verbis ex permutatione, vel specie do, ut des, vel facio, ut facias, vel cæteris contractibus inominatis, debent transferri factâ æquali imputatione sic, ut quæ unquam præstantur in actionibus provenientibus ex contractibus certis, quibus proprius assimilator contractus inominatus ille, de quo agitur, eadem præstantur in actionibus, quæ nascuntur ex contractibus inominatis: & hæc ratione plerumque actiones præscriptis verbis dicuntur actiones in factum proximæ emptiõnis, vel alii contractui certo, ut in *dict. §. si de si facio, l. si gratuitam 17. §. Papiianus 1. in fin. ff. de præsc. verb. l. si conventi 6. de resc. vendit. l. Aristo 2. ff. de rer. perm. i.* Non ergo rectè deducet quis ex eo, quòd una actio, vel unus contractus similis, vel proximus est alteri actioni, vel contractui illius cui proximus est, utilem esse: nam ex hoc sequeretur, quòd locatio, quæ est proxima emptioni, & venditioni, locatio 2. ff. de loc. & conduct. produceret actionem utilem: quo nihil absurdius dici posse videbis infra hoc lib. c. 11. n. 3.

22 Et hoc unum, & singulare est, quod interpretes tam efficaciter persuasit, ut crederent præscriptis verbis actiones, utiles esse, & non directas; utiles, id est comparatas ad exemplum directarum actionum, quæ nascuntur ex contractibus, qui proprium, & speciale nomen habent: & certè falli videntur, cum ut pluribus supra docuimus, actiones præscriptis verbis sine mero jure gentium directæ ex eo, quòd non minus, quàm directæ certæ proveniant ex contractu, seu conventionione: Et nulla sit alia contractuum certorum, & incertorum differentia, nisi quòd contractus certi nomine speciali ad distinguendam naturam uniuscuiusque contractus nominentur; contractus verò incerti non habeant singuli aliud nomen speciale, nisi illud, quod habebant in genere: Quod nomen minus certum est. Et certè Jurisconsultus Paulus, antequam accederet ad *dict. §. si de si facio*, multa species in §§. præcedentibus retulit, in quibus dedit actionem præscriptis verbis: & non adhibuit neque unum verbum de tali æffinitate, & similitudine inter actionem ex contractu certo, & hanc præscriptis verbis actionem; & solum deinde in præcedentibus hanc dari ex eo, quòd negotium, de quo ageretur, aliquid speciale haberet, quod repugnaret contractui certo: & sic speciale negotium fiebat, *l. rogasti 19. ff. de præsc. verb. distinctum ab eo, cui ex aliqua parte simile erat: nihil enim minus idèd est, quàm illud quod simile est l. imperator 50. ff. ad S. C. Trebell.*

23 Ex quibus, ut directè respondeamus argumento, ejus major propositio, qua dicitur actiones præscriptis verbis introductas esse ad similitudinem actionum directarum provenientium ex contractibus nominatis, falsa est: nam similitudo, quæ in illis datur, circa præstationes actionis est, non circa ipsam

actionem producendam: & sic se explicavit Paulus in ea quaestione, quæ statim occurrit; puta, *qui l. veniat in actione incerta præscriptis verbis*, dicens omne id quod venit in actione ex contractu certo, cui proprius accedit contractus incertus, de quo agitur, venire etiam in actione præscriptis verbis: & hoc quod nos tam longè explicavimus, Consultus illa brevi oratione tradidit: *Quæ actio similis erit mandati actioni, & Papianus in dict. l. si gratuitam 17. §. Papiianus 2. in fin. quia propè depositum hoc accedit*, ut vitarent prolixitatem verborum, & fieret cõpendium juris prudentiæ, ut in *l. creditor 14. §. 1. ff. de rebus aut. judic. poss. l. Minor propositio etiam inconcinne concipitur, neque ex majori propositione deducitur: Nam in majori dictum fuerat illam esse utilem actionem, quia nascebatur ex contractu incerto ad similitudinem actionum provenientium ex contractibus certis: & in minore additur, *Sed illud est directum, quòd ex mente, & sententia legis oritur*: Jam mutata fuit species in minori propositione, quia non dicitur in majori præscriptis verbis actionem ex sententia legis provenire, sed solum ad similitudinem certarum actionum incertas nasci: & aliud est ex mente, & sententia legis nasci, quòd proprium est utilium actionum, *dict. l. nominis 6. §. 1. de verborum signific. &* aliud nasci ad similitudinem contractuum nominatarum: nam similitudo in his etiam esse potest, quòd sicut actiones directæ nascuntur ex conventionione in contractibus certis, sic etiam nascuntur præscriptis verbis actiones ex conventionione: & sicut in illis contractibus, qui nominati sunt dantur actiones directæ, quia præstantur ex ipsis verbis contractus, & non ex conjecturata mente contrahentium: Sic etiam in istis, qui inominati sunt, dantur actiones præscriptis verbis directæ, quia proveniunt ex ipsa præscripta lege contractus; & expressè conceptâ conventionione, & non conjecturata mente contrahentium: Quòd docet Papiianus in *l. si dominus 8. ff. de præsc. verb. ibi: Si tamen lex contractus non lateat*. Itaque etiam si concedamus actiones præscriptis verbis nasci ad similitudinem actionum, quæ proveniunt ex contractibus certis, non adhuc urgemus: Quia similitudo extat in his omnibus, quæ superius diximus. Denique in ipsa minori propositione additur, sed omnia, quòd ex mente legis, (& hæc pars probatur ex *dict. l. nominis 6. §. 1. ff. de verborum signific.*) vel ad alterius similitudinem oritur, utile est (non habent interpretes, unde hanc partem probent) prima pars non pertinet ad actionem præscriptis verbis, quia illa non oritur ex mente ullius legis, (ut dixi.) Secunda pars etiam falsa est, quia non ex eo, quòd oriatur ad similitudinem aliarum actionum, est minus directa, ut etiam probavi: Ergo consequentia apertè falsa est, quasi ex tam falsis principiis deducta. De hac quaestione, an directa, an utilis sit actio præscriptis verbis; præter ea quæ tam fusè in hoc cap. scripsimus vide etiam quæ diximus supra hoc lib. c. 1. a. n. 4. usque ad fin. cap.*

24 Maneat ergo sententia nostra, qua affirmamus actiones præscriptis verbis directas esse, firmissima; & illam cum conditionibus naturalibus non posse concurrere ab omni difficultatum labe, & erroribus interpretum expurgata. Nunc restat notare, hanc actionem præscriptis verbis bonæ fidei esse: Quod apertè constat, ex *l. ait prator 2. §. 1. in fin. ff. de præcar. l. permutationem 2. ff. de rerum permutat.* & idèd illa verba: *ex bona fide*, quæ extant in d. §. 1. alio in loco interpretati fuimus sic, id est, *ex conventionione*, ex eo quòd in omnibus actionibus ex contractu vel quasi unde

unde ultrò citroque nascitur obligatio, quibusque incertum petitur, mentionem bonæ fidei in formula edendæ actionis addi solitum fuisset, ac proinde ex bona fide fuisset. Ratio est, quia consensus, aut conventio omnino substat iudicia bonæ fidei: idèd que dicitur in *l. non utique 2. §. ult. ff. de administr. rer. ad civit. pertin. explorata lege conductionis bonam fidem sequendam esse*. Neque ex eo, quòd Justinianus in §. actionum 28. *instit. de action.* dicit præscriptis verbis actionem, quæ de æstimato proponitur, & eam, quæ ex permutatione competit, bonæ fidei esse; rectè deducitur alias præscriptis verbis actiones stricti iudicij esse, nam omnino actio omnis præscriptis verbis bonæ fidei est, ut expressè constat ex *d. l. 2. §. 1. ff. de præcar.* quia provenit ex contractu, qui parit ultrò, citroque actionem, *l. juris gentium 7. §. sed, et si 2. ff. de pact. &* per eam petitur incertum, id est id quod interest, *l. naturalis 5. §. 1. & 2. l. infulam 7. & duab. seqq. l. permijist. 16. ff. de præsc. verb. l. cum mora 6. C. de transact.* ubi etiam actio præscriptis verbis, quæ ibi competit bonæ fidei esse traditur: at transactio, de qua in illa l. agitur, non est permutatio, aut æstimatio rei venditæ, de quibus solis agit Justinianus in *dict. §. actionum*: ergo duas illas præscriptis verbis actiones, quasi exempla enumerat inter actiones bonæ fidei; cæteræ verò ab ea regula non excludit. Ergo Doctor Josephus Fernandez de Retes, qui credidit præter supra dictas duas actiones præscriptis verbis, nempe de æstimato, & ea, quæ provenit à rerum permutatione; cæteras alias stricti juris esse, *lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 4. num. 2. &* Joan Borcholt de *verb. oblig. cap. 7. §. 8. num. 1. 8. vers. hæc emptoris*, & Bachovius in *exercitation. contra Aut. Fabr. dec. 96. err. 4. simul. &* Bellon. *lib. 2. supputat. cap. 13. &* alij plures, quos referam infra hoc lib. cap. 4. num. 3. Dubito, an melius quàm nos senserint: de qua controversia, ne deinceps dubitetur, plenius scribemus infra hoc lib. cap. 9. num. 6. & seqq. quam quidem sententiam (licet eam non explicet) amplexus fuit Paulus Bussius *lib. 2. subtilitat. cap. 5.* eandem sequitur novissimè Joan. Uvillensbach. *disput. 45. num. 56. &* 57. licet suum rectè conceprum sensum sua limitatione conspurcavit dicens illas tantum præscriptis verbis actiones esse bonæ fidei, quæ nascuntur ex contractibus inominatis, qui habent æffinitatem cum contractibus nominatis; hæc namque limitatio falsa est; nam omnes præscriptis verbis actiones sine ulla distinctione sunt bonæ fidei, ut abundè docemus hic, & copiosius infra loco nuper relato.

CAPUT V.

De divisione contractuum inominatarum: & de contractu, do ut des.

SUMMARIUM.

- 1 Contractuum inominatarum genera dividuntur ex l. 5. de præsc. verb. & n. seqq.
- 2 Tractatus ob rem dati continet materiam actionum in factum. Continet etiam materiam tam contractuum nominatarum, quam inominatarum. Qui contrahit, ob rem dat, non verò è contra. Omnis obligatio pro contractu habenda est.

- In donatione causa mortis geritur negotium. Explicatur l. Senatus 38. §. 3. ff. de mort. cau. don. 1. §. de donat. l. 3. ff. de cond. cau. dat. cau. non secut.
- Ostenditur, quare in l. 20. de judic. & l. 19. de verb. signific. confundatur contractus cum obligatione.
- Contractus, in quibus res ipsa redditur, minus propriè contractus appellantur.
- Contractus, in quibus est obligatio ad petendum aliud quam quod datum est, propriè dicitur contractus.
- Iterum tangitur explicatio, l. 25. §. 1. de obligat. & action. circa definitionem actionis ex contractu.
- Ad quod genus contractuum respexerit. Labeo in l. 19. de V. ostenditur.
- An obligatio ex contractu inominato rectè commineatur in definitione Labeonis.
- Actio præscriptis verbis communis est omnium contractuum inominatarum.
- 3 Datio ob rem contractus genus est, sed specialius contractus est cum conventionione de danda re alia qua data est. Explicatur l. pen. de præsc. verb. & l. 64. de cond. indeb. & n. seqq.
- Conditio naturalis debet jus gentium, & restituere rem ad nudum jus naturale.
- Ad conditionem non est necessaria conventio: ad petendum aliud pro alio necessaria est.
- 4 Superioribus obstat l. 33. de cond. indeb. ejusque difficultas proponitur. Indebiti solutio quasi contractus est, non verò absolute contractus. Contractus quid sit; idèdque quasi contractus, ostenditur. Fundamentum omne conditionis naturalis in jure naturali est. Jus naturale inutile est ad repetendam rem datam, si non adinventur jure gentium. Traditur elegans interpretatio ad dict. l. 33. de cond. indeb.
- 5 Quid sit ob rem datio, & qualis ejus finis ostenditur. Ob causam dare generalius est, quàm ob rem dare: Et quomodo causa accipiatur. Causa restringitur in præstitum, & non revocatur datum ob causam, etsi illa falsa sit? Explicatur l. 65. §. 2. de cond. indeb. & l. 1. cum §§. omnibus de rer. permutat. usque ad numer. 13. Ob causam futuram, & ob rem datum revocari potest. Conditio causa data causa non secuta, ut genus refunditur in omnes contractus. Omnis permutationi inest ob rem datio, non verò è contra. Omni emptioni, & venditioni inest etiam permutationis. Ob rem datio nunquam parit actionem directam, & quare.
- 6 Idem est contractus, do ut des, ac contractus permutationis. Ex permutatione quisque agere potest ad id quòd sua interest. Explicantur verba l. 5. §. 1. de præscript. verb.
- 7 Quantum inter se differunt contractus certi, & incerti

- incerti disputatur.
 Disquiruntur, quando ex contractibus incertis, quando conditione naturali agi poterit?
 Periculum, & commodum rei permutate ad quem pertineat, ostenditur.
 Regulariter in contractibus periculum, & commodum computatur ex perfectione contractus.
 In nuda ob rem datione nunquam periculum rei tradita transfertur in accipientem.
 Attingitur aliquali explanatione, l. ult. de cond. cau. dat. cau. non secut. & num. 12.
- 8 In permutatione initium obligationis sumitur ab ipsi rei traditione, l. 1. §. 2. de rer. permutat.
 Quid sit in permutatione specialius, quam in datione ob rem, ostenditur.
 Superioribus obstat d.l. 1. §. 3. de rer. permutat. ejusque difficultates proponuntur.
 Emptio, & venditio de re aliena esse potest; emptionique inest permutatio.
- 9 Contrarietas, dict. leg. 1. §. 2. cum §. 3. componitur, & difficultates adducte dissolvuntur.
 Hac verba, do, ut accipiam, in contractibus bona fidei pro nuda datione plerumque, non pro translatione dominij accipienda sunt.
 Traditio rei aliena non est sufficiens causa, ut ego transferam dominium rei mee.
 Explicatur vers. si utrumque pretium est, & c. d.l. 1. de rer. permut.
- 10 Si merx neutrius fuerit, an jure constituatur permutatio.
 Objectio, qua fit ex contractibus, qui consensu perficiuntur ad permutationem, dissolvuntur.
 Ratio elegans, quare venditio rei aliena valeat, ostenditur.
 Explicatur vers. idem alienam rem dantem, & c. l. 1. §. 3. de rer. permut.
 In permutatione, qualis est traditio facta ab uno, talis est obligatio in altero.
- 11 Quare in emptione, & venditione pretium fieri debeat venditoris, ut valeat venditio; & merx non item?
 Sine translatione dominij pecunia usus nullus esse potest.
 Explicatur l. 2. §. 1. l. 5. §. 1. & ultim. de usufruct. earum rerum quæ usu consumuntur.
 Tantum est in usu mercis, quantum in dominio pecunia numerata.
 Attingitur explicatio l. 1. vers. eaque materia de contrah. empt.
 Quid sit possessio; & in pecunia an distinguantur usus, & dominium, ostenditur.
 Quare in l. 46. de cond. indeb. l. 94. de solut. l. 5. de impens. in res dotal. pecunia, inter res incorporales commutetur?
 Rationem Dorothei Retes propositam questionem non dissolvere ostenditur.
 Quomodo intelligendus sit text. in l. ex emptio 11. §. 2. ff. de action. empt. ostenditur.
 Dominium mercis in emptorem non transfertur, donec pretium solvatur, vel pro eo satisfiat.
 An idem dici debeat, si pretium solvatur ante mercis traditionem.
- 12 Ex nuda ob rem datione aliqua ad hoc circa, l. ult.

- tim. de cond. cau. dat. explicatur.
 Explicatur l. 24. §. 1. de pign. action. l. 15. §. 1. de cond. indeb.
- 13 Explicatur l. 5. §. 1. in princ. & versic. sed si scyphos de præf. verb. cum l. ult. de cond. cau. dat. cau. non secut.
 Natura permutationis pecuniam numeratam non effugere ostenditur.
 Aliquorum interpretationes ad superiores leges non admittuntur.
- 14 Objectio quadam contra superiora proponitur, & dissolvitur.
 Quando ex parte unius geritur negotium, non sic contractus incertus.
 Attingitur l. 43. §. 3. de mort. cau. donat. ejusque verba referuntur.
 Quare in donatione sub modo inspiciatur tempus rei sequente.
 Redditur ratio l. 2. & 3. de mort. cau. donat. l. 9. §. 1. de jur. dot. l. 76. de hæred. instituitur.
 In contractibus sequuntur retrotrahitur obligatio ad tempus conventionis.
 In dubio sequi debet id, quod minimum est.
- 15 In l. 5. §. 1. de præf. verb. conventionem præcessisse ostenditur ex l. 14. §. 1. de verb. obligat. & aliis.
- 16 Prosequitur explicatio textus d.l. 5. §. 1. de præf. verb.
 Differentia ubertatis actionis præscriptis verbis, & conditionis utilis traditur.
 Plerumque lucri causa contrahitur, & hoc lucrum repetitionem rei sua excludit.
 Interpretantur l. 5. §. 1. & l. 9. ff. de præscript. verb.
- 17 Superioribus obstat l. 1. in princip. de rerum permutat. & §. 1. simulque l. 5. §. 2. de præscript. verb.
 An re, qua tradita est, evicta, datur actio in factum, an actio præscriptis verbis?
 Quomodo interpretes superiorem objectionem effugiant, ostenditur.
 Eorum solutio multis rationibus efficacibus impugnatur.
 Altera solutio Antonij Fabri, & aliorum referuntur, & exornantur, & n. seq.
- 18 Ejus ratio redditur, eaque sulcitur l. 16. §. 2. & l. 57. de evict.
 Quando dicimus traditione perfici contractus innominatos, quid præsupponamus, ostenditur.
 Traditio rei nisi permaneat, non videtur facta, & n. super.
 In contractibus, qui consensu perficiuntur, non sufficit evictio rei ad distrahendum contractum l. 56. de pact.
- Hac in re qua sit differentia contractuum innominatorum, ostenditur.
 Supradicta Antonij Fabri solutio, ejusque ratio non probatur.
- 19 Alia solutio, & ratio, qua difficultatem superiorem solvat, traditur.
 Qui dedit, etsi dedit postquam accepit, potest pertinere, si evicta sit res, quam accepit.
 Treutleri solutio ad superiora reprobat.
 Interpretatur l. 1. §. 1. de rer. permut.
 Resolvitur questio, ad cuius periculum pertineat in contractibus innominatis deterioratio, seu interitus rei tradite.

Contractuum

- Contractuum innominatorum divisionem facere destinans Jurisconsultus Paulus in l. naturalis 5. ff. de præf. verb. ad quatuor species eam redigit, quæ sunt hæc: Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias; Quæ divisio à Jurisconsulto tradita, apud omnes interpretes recepta est, & laudata: Itaque omnis labor noster erit in explicandis disjunctim singulis ejus divisionis articulis: Et primum de contractu, Do, ut des, instituiam sermone.
- 2 Tractatus hic ob rem dati continet in se materiam non solum actionum in factum, & conditionum utilium, de quibus specialiter egimus supra capit. 3. & 4. sed etiam ambitu suo comprehendit tractatum omnium contractuum tam nominatorum, quam innominatorum: Quia ob rem datio est genus omnium contractuum: Et ita qui contrahit, utique etiam ob rem dat: Non tamen è contrà qui ob rem dat, utique etiam contrahit: Sic Paulus in dicit. l. naturalis 5. in fin. princ. ait: In quibus queritur, qua obligatio nascatur, non dicitur quæ sit contractus; sed dicitur, qua obligatio nascatur: Ut intelligamus omnem obligationem pro contractu habendam esse, l. omnem 20. ff. de judic. nam & qui aliqua causa donat, ea parte qua se ipsum cogitat negotium gerit; scilicet, ut cum convalescit, reddatur sibi quod dederit, l. senatus 35. §. ergo quis mortis 3. ff. de mort. cau. donat. l. Aristo 18. ff. de donat. l. dedit 3. ff. de cond. cau. dat. cau. non sequi: Et ubicumque aliquis obligetur is ipse & contrahi videatur; quia obligatio est perfectio ipsius contractus: Et ea de causa confunditur sæpè contractus cum obligatione, ut in dicit. l. omnem, & l. Labeo 19. de verborum signific. Hoc tamen summe notandum est aliquas esse obligationes, quæ minus proprie contractum faciunt, quia in eis nullum lucrum caput is, qui contrahit sed id ipsum, quod dedit, vel tantumdem ejusdem generis repetit, ut in mutuo, commodato, deposito, pignore, in quibus re contrahitur obligatio: Itaque in his, quia nihil amplius actum est, non proprie sunt contractus: Nam in ipsis etsi nihil conveniretur, datio ipsa rei, seu æquitas nuda efficit, ut res quæ datur, per naturalem conditionem repeti possit, ut cap. præced. explicuimus ex l. legem 10. c. de pact. l. 1. c. de pact. convent. tam sup. dot. l. 1. §. ultim. ff. de cond. sin. cau. l. hac conditio 66. ff. de cond. indeb. l. que fundum 50. ff. de jur. dot. & ex l. avia 6. c. eodem tit. secundum interpretationem, quam ei tribuimus. Aliæ verò obligationes sunt, quæ lucrum reportant; quæ quidem obligationes proprie contractum faciunt. l. actionum 25. §. 1. ff. de obligat. & action. ubi definitur actio ex contractu, quoties quis sui lucri causâ cum aliquo contrahit, veluti emendo, vendendo, locando, conducendo, & similibus: Et hi magis proprie contractus sunt; facit, l. in venditione 60. ff. de evict. l. penultim. ff. de præf. verb. l. 1. ff. de action. empt. Et ad hoc genus contractuum respexit Labeo in dicit. l. Labeo 19. de verborum signific. quando definiens contractum dixit, contractum ultro citroque obligationem esse quia credo Labeonem non aliam obligationem, vel actionem intellexisse, quam ultro citroque directam; qualis non reperitur in contractibus, qui re perficiuntur; sed in his, qui consensu, veluti emptione, venditione, locatione, conductione societate, de quibus Consultus affert exempla. Talis obligatio est etiam in omnibus contractibus innominatis, in quibus precedere debet mutui consensus ad obligandos invicem contrahentes: Et ex ea parte, qua antequam rei traditio subsequatur sit, oritur obligatio, similes sunt filis ex justis nuptiis quæritis: Nam sicut illi dum in vero sunt, pro natis

in jure custodiuntur: Sic contractus incerti post conventionem ante causam re vera sequitam jam pro contractibus habentur; & postea quandoque sequatur causa, à principio conventionis perfectos fuisse creditur, de quibus vide quæ scripsimus supra lib. 2. cap. 6. num. 35. Et ex eo provenit, quod nunquam confundatur permutatio cum emptione, & venditione; & actionem empti, & veniti cum actione præscriptis verbis, quæ præscriptis verbis actio est communis omnium contractuum, sive nominatorum, sive innominatorum, l. permutationem 2. c. de rerum permutat. l. si fundum 2. c. de pact. inter empt. & vend. composi. de quo vide quæ docebo infra hoc c. n. 5. in fin. & 8.

Ex quibus manifestè apparet, quod licet datio ob rem contractus genus sit, tamen nullò specialius contractus dicitur, quando aliud datur, vel convenitur, & aliud reddatur, quam ille contractus, in quo convenit, ut reddatur id, quod datum est, vel tantumdem ejusdem generis unde nascitur conditio naturalis. Itaque ille proprie contractus dicitur, in quo ultro citroque datio, vel factum, aut conventio, & ultro citroque obligatio est ad datum, vel faciendum: Ubi verò tantum conditio naturalis est; non tam contractus est, quam ob rem datio, l. pen. ff. de præf. verb. Ratio differentie est, quia conditio naturalis delet omnem memoriam, & vestigium omne juris gentium, & reducit dationem illam ad nudum jus naturale, quo omnia communia erant, facit l. si quod 64. ff. de cond. indeb. Itaque conditio naturalis sic procedit absque necessitate actionis: Conventio verò omnino necessaria est, quando agitur de alia reddenda, vel facienda, quam quæ data, vel facta est, naturalis 5. §. 1. l. si tibi decem 7. ff. de præscript. verb.

Sed obstat dicere, quod uterque contractus sit, quia ut Julianus tradit in l. si in arca 33. ff. de cond. indeb. cum qui non debitam pecuniam solverit hoc ipso aliquod negotium gerere: Ergo non minus debet dici contrahi, ubi conditio naturalis datur ad repetendum id quod datum, factumve est, quam ubi actio datur ad petendum alii pro alio. Sed huic difficultati satisfacies dicendo utramque propositionem esse veram, & utroque modo contrahi: Differentia tamen observata inter contractum, & quasi contractum; Nam contractus ille est, qui directè, & expressè receptus est à jure gentium, & manifestè introductus, quasi res necessaria ad communem totius generis humani usum: Quasi contractus verò ille est, qui utiliter, seu per interpretationem, qua fingebatur convenisse, recipitur ab eodem jure: Et de hoc ultimo quasi contractuum genere est indebiti solutio, quæ idem sit contractus, vel pro contractu habetur, quia non repugnat juri gentium. Itaque hæc interpretatio adeo fit per jus gentium, ut sic credendo conventionem interpositam fuisse. Justa videatur esse repetitionis causa, ut indicat Donell. lib. 14. cont. jur. civil. cap. 24. Cujac. lib. 8. quest. Papiu. in dicit. l. hac conditio 66. ff. de cond. indeb. & ex ea datur locus naturali conditioni: Aliàs enim si non fieret sic interpretatio fingendo conventionem præcessisse, naturali conditione res repeti non posset. Ratio est, quia jus naturale, ad quod reducitur res tradita improbatâ datione, & ex quo resultat hæc conditio naturalis, sit inutile per se ad revocationem rei semel date, si non adjuvetur à jure gentium per formam hujus fictionis, qua creditur inter datum, & accipientem conventionem præcessisse: Nisi enim accederet hoc adjumentum à jure gentium, non magis jure naturali solutum repeti, quam non solutum

soluam exigi posset, cum per jus naturale ita omnia omnium communia sint, ut eo jure nihil ab aliquo aliquis exigere possit, neque postquam aliquid datum fuerit ab eo, qui accepit, repetere dicit. *l. si quod 64. ff. de cond. indeb.* Et sic eximie interpretatur dicit. *l. si in area* explicacione conditionis naturalis, de quo diximus plura super cap. 4. passim, & recipere num. 16.

Præterea ob rem dare, vel facere, generaliter est dare, ut aliquid sequatur, & vicissim detur, vel fiat: & finis, ob quem res datur, est proprie ut in futurum aliquid vicissim detur; vel fiat. Ob causam vero dare generaliter est, quam ob rem dare: datur enim, quando ob rem datur, ob rem futuram: ob causam vero datur, vel ob præteritam causam, vel ob futuram, *l. ubi ita 27. ff. de mort. cau. donat.* Sed ad differentiam rei quæ proprie designatur in futurum, quæ a semper res datur eo sine, ut propter eam dationem aliquid aliud accipiens det, vel fiat; causa restringitur in præteritum, id est ad rem certam, quasi certa sit causa, etiam si falsa sit: & idem non revocatur datum ob causam rei præteritæ *l. in summa 65. §. is quoque 1. ff. de cond. indeb.* Ob rem vero datum re sequuta revocatur *l. damus 51. dicit. l. in summa 65. in princ. §. 4.* Si vero aliquid datur specialiter ob causam futuram sive sub causa futura (nihil interest quomodo dicatur) tunc idem contingit, quam in ob rem datione. quia idem est atque ob rem dare: ex qua datione datur in genere conditio ob rem dati, seu conditio causa non sequuta: Quæ quidem conditio quasi à genere refunditur in omnes contractus tanquam in species ob rem dati, quia omnibus contractibus inest etiam ob rem dato: Atque ita omnibus contractibus competere sint, transfertur hæc conditio causa data non sequuta: Et idem omni permutationi inest etiam ob rem dato, non vero è contra omni ob rem dationi inest permutatio: Omni emptio, & venditio inest etiam permutatio, non è converso, ut dixi supra hoc cap. num. 2. in fin. quia longè aliud est inesse, aliud per se esse. *l. cum qui 138. in fin. de verb. num. obligat. l. servo 47. l. nonnumquam 52. ff. de condit. & demonstr.* Ergo non rectè sentiunt, qui credunt permutationem esse emptionem, & venditionem, & è contra emptionem, & venditionem esse permutationem, quod referre reculo propter personarum majestatem, quam sententiam satis aperte refutaram capies ex num. seqq. Et ea de causa ob rem dato omnium prima, simplicissima, & minima est, quæ nunquam directam actionem parit, quia nihil ex parte accipientis ultio convenit dari, vel fieri.

6 Ex permutatione, de qua agitur, in dicit. *l. naturalis 5. §. 1. ff. de presc. verb. ibi: Quia non placet permutationem rerum emptionem esse;* (ex hac lege habes, quod idem sit contractus, do, ut des, ac permutatio: & ob id permutationem esse contractum innominatum suppono, de quo vide Doctorem Josephum Fernandez à Retes lib. 2. opusc. sect. 1. c. 2.) agere quisque potest ad id quod sua interest accepisse illud, de quo convenerat; potest tamen agere conditione utili: Quæ in re hæc distinctio summâ curâ semper observanda est, quod si quis velit petere id, quod sua interest, nullo modo nisi actione civili agendum sit, si vero malit suam rem solam recuperare absque alio lucro possit illam petere actione præscriptis verbis civili: Si vero malit conditione naturali eam consequi, possit: Et hoc est quod Paulus demonstrat in his verbis: *Dubium non est nasci civilem obligationem: In qua actione id venit, non ut reddas quod accepisti, sed ut damneris mihi quamvis inter sit mea illud*

de quo convenit accipere: Vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non sequatur.

Ex his, quæ ex Paulo accepimus, venit exagitantia quæstio, quantum inter se distent permutatio, & contractus certi, seu contractus nominati, & innominati? Hæc quæstio deducitur ex expressis verbis text. in dicit. *l. naturalis 5. §. 1. ibi: Quia non placet permutationem rerum emptionem esse.* Et quousque contractum incertum dicendum sit non esse perfectum? Et quo tempore nondum poterit agi actione directa præscriptis verbis? Et quando poterit agi conditione naturali? Ex quibus omnibus quæstionibus pendet alia hæc: Periculum & commodum rei permutatæ ad quem ex contrahentibus spectet? Nam illud regulariter dicitur circa omnes contractus, ex eo tempore quo contractus perfectus sit, metiendum esse. *l. necessario 8. ff. de peric. & comm. rei vend.* Quantum attinet ad nudam ob rem dationem nunquam de ea perficitur contractus, nunquam ultro citroque obligatio oritur, nunquam ultra quam de re sua recipienda est, nunquam ex rei suæ recuperatione excedit: Itaque nunquam periculum rei traditæ transfertur in accipientem, antequam ipse ex sua parte tradat rem illam, ob quam tradendam aliam accepit: Imò & hoc plus attendi debet, quod etiam eo casu, quando vicissim ultro citroque res traditæ sunt, periculum, & commodum non transferatur in accipientem, nisi res tradita ultro citroque fuerit ejus, qui dedit: Nam tradendo ultro citroque res, si alter eorum qui tradit, rem non suam tradat, periculum, & commodum ad accipientem non transferuntur. Neque tunc etiam quando ultro citroque res tradantur, & proprie tradentium sunt, transfertur periculum, donec de evictione promissum sit, *l. ultim. ff. de cond. cau. dat. cau. non secuti. ibi: Finge alienum esse Stichum, sed re tamen eum tradidisse: Repetere à te pecuniam poteris, quia hominem accipientis non feceris: Et rursus si tuus est Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quominus à te pecuniam repetere possim.*

In permutatione vero initium obligationis sumitur ab ipsa rei traditione, *l. 1. §. item emptio 2. ff. de rerum permutat.* & hoc est specialius in permutatione quod citius, & æreus obligatio sit, quam in ob rem datione: Itaque alter, qui dedit, alterum qui dare reculat, potest directâ actione præscriptis verbis convenire, ut etiam vicissim de illud de quo conventio interposita fuerat. Sed magnopere videtur sibi Paulus obtinere, in dicit. *l. 1. §. ideoque 3. cum ex Pedio doceat, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem: & certum sit: emptionem, & venditionem de re aliena consistere posse, dicit. l. 1. l. rem alienam 28. l. fundum 46 §. 1. ff. de eviction. D. D. Martin. de Larreategui lib. 4. selectar. jur. civil. disput. cap. 11. numer. 2. & lib. 8. cap. 13. numer. 30. & emptioni, & venditioni permutationem inesse, ut docuimus supra Uterius in princ. l. 1. dixit Consultus hæc: *In permutatione si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet si merx neutrius in §. Et in sequentibus nempè in §. ultim. dicit. l. 1. satis manifesta est sententia Pauli: Quo in loco videtur affirmare de re aliena tradita non esse perfectam permutationem, cum ait: Si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est: quasi re non sequatur: Non enim dicit Paulus si non in sua interest, aut si suum quod dedit, recipere malit, sicut dixerat in *l. naturalis 5. §. 1. & seqq. passim. ff. de presc. verb. et go permutatio traditione rei non perficitur, sed ex***

ea datur conditio naturalis, sicut datur in simplicissima ob rem datione.

9 Sed quia nefas esset dicere Paulum sibi esse contrarium, cum ita explicandum esse credimus, ut non videatur sibi ipsi discrepare. Itaque hæc verba, do ut accipiam, quæ permutationem faciunt, in contractibus bonæ fidei simpliciter accipienda sunt, ne ea quidquam de dominio significent, neque translationem dominij præsupponant, quamvis traditio ipsa rei facta sit ad transferendum dominium, & (quod magis est) illud verè transferatur, si est dominus ille, qui rem tradit: nam facti tantum quæstio est, an dominus fuerit necne is, qui eam tradidit dominiumve transtulit? Sed juris quæstio est, an subsequatâ traditione res fieri debeat alterius? Verbi gratia, ego tibi prius dedi rem, postea tu vicissim mihi tradidisti rem, de qua mihi tradenda conventionem interposuimus: quæritur, an traditio rei à me facta, sufficiens causa sit ad hoc, ut quando mihi tu tradas rem tuam, ego nanciscar dominium rei, quam mihi tradidisti? Quæstio hæc difficillima est, eaque decidenda est inspiciendo attentè qualem causam ego dederim, ex qua velim rem tuam facere meam: nam si ego rem, quam tibi dederim, ut aliam mihi des, tuam fecerim, res tua, quam mihi tradidisti, mea etiam sit vicissim: si vero rem, quam tibi dedi, non fecerim tuam, quia alienam rem tibi tradidi; etiam si tu mihi dederis rem, quæ tua est, eam non facio meam; quia causa, quæ ex parte mea subsistit, ad compellendum te, ut tuam rem mihi tradas, impar, & inæqualis est tuæ dationi: Ratio est, quia datio mea de re aliena est, cujus dominium ad te transferre non possum; Et datio tua de re tua est, cujus dominium per traditionem potes in me transferre; & non potest esse æqualis causa, traditio de re aliena ad hoc, ut ergo rem meam tradam: Nam tunc tu nihil amittis, & pro eo quod non das, quæ rem alienam das; quod meum est recipere non potes. Et hoc sine dubio vult Paulus, dum dicit in dicit. *leg. 1. in permutatione verò si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx neutrius?* Id est, vel neutrius, vel utriusque mercem fieri debere, ut par utrique subsistat causa permutationis.

10 Unde fit, ut si neutrius merx fuerit, nihilominus erit permutatio rectè facta, & resultabit ex traditione unius efficax obligatio ad compellendum alterum, ut etiam vicissim tradat; quia uterque rei, quam tradituri sunt, habent vacuum possessionem; & vacuum possessionis causa utriusque par est. Itaque hæc regula permutationis valdè observanda est, nempè quòd si res unius facta fuerit, non etiam alterius, permutatio non possit perfici ab eo, cujus non est merx de qua convenit, ut daret: Quia ad perficiendam permutationem utriusque contrahentium debet esse par causa dationis. Neque hanc regulam mutat dicere, quod diversam sit in emptione, & venditione, locatione, & conductione: Quæ quidem contractus, ut diximus, possunt esse de re aliena, sicut de re propria: Nam hoc ex eo provenit, quòd isti contractus sumuntur ex nudo consensu, *l. 1. §. ultim. ff. de contrab. empt. l. consensus 2. ff. de obligat. & action. l. qui ad certum 14. ff. locati;* Et consensus utriusque proprius est, ideoque par utriusque causa est, quia uterque tam emptor, quam venditor in idem placitum æquè conveniunt; & idem unius obligatio æqualis causa, & velamentum est alterius obligationis: Et nihil tam perpetuum est in contractibus, quam ut æquitas, & velamentum utriusque sit par & æquale. Itaque, quòd de causa utriusque pari esse potest, quando con-

sentu perficitur obligatio, non potest esse de re unius propria, & alterius aliena, quando rei traditione, ut in permutatione, perficitur obligatio: & hoc sibi vult Paulus in dicit. *l. 1. §. ideo 3. ff. de rerum permutat.* quando dicit, *Ideo alienam rem dantem, nullum contrahere permutationem, quia permutatio initium obligationis sumit ex rei traditione.* Et ex hoc sequitur, quòd qualis est traditio de uno, talem obligationem in permutatione esse debere de altero. Et sic rectè meo videri interpretatus manet intellectus Pauli in dicit. *§. ideoque:* Quæ interpretatio non minus elegans videtur, quam illa, quam ex Paulo Castrensi tradit Doctor Josephus Fernandez à Retes lib. 2. opusc. sect. 1. cap. 3.

Obstat etiam videtur valdè id quod in *d. l. 1. de rer. perm. docet Paulus, nempè in emptione, & venditione pretium venditoris fieri debere, quamvis idem dici non debeat de merce: Quod etiam expressè docet Ulpianus in *l. ex empto 11. §. 1. ff. de alt. empt.* Sed respondendum est, id provenire ex naturâ pecuniæ numeratæ, non ex varietate contractuum: Nam circa pecuniam numeratam idem observatur in venditione, ac in permutatione, nempè ut dominium pecuniæ numeratæ in accipientem transferatur; aliàs enim si accipientis non fiat, pecuniâ nihil agitur, quia sine translatione dominij pecuniæ numeratæ nullus usus esse potest, quia vix usum ullum habet, quo non consumatur. *l. sed de pecunia 1. §. 1. l. hoc Senatusconsultum §. 1. & ult. ff. de usufr. ear. rer. que usu consum.* mercis verò præter dominium est alius usus in vacua possessione, & tantum est in vacua possessione mercis quantum in dominio pecuniæ numeratæ, postquam idem mercis usus est ex vacua possessione, quam pecuniæ ex dominio, *l. 1. versic. eaque materia ff. de contrab. empt.* vide quæ scripsimus supra lib. 2. cap. 10. num. 8. nam possessio est usus rei, non est res ipsa. *l. quæstio 115. ff. de verb. signif.* pecuniæ verò usus, & dominium idem est, quia pecunia usu consumitur; & ea sola de causa nummi inter res incorporales cõnumerantur, *l. qui heredis 46. ff. de cond. indeb. l. si is nummos 94. l. quod dicitur. §. ff. de impens. in res dotal. fact.* Et hæc est ratio à priori, quare pecunia numerata accipientis venditoris mercis fieri debeat ad hoc ut venditio subsistat; non verò merx emptoris: nam eisi admittamus illam responsonem laudatissimam à Doct. Josepho Fernandez à Retes lib. 2. opusc. sect. 1. c. 3. num. 5. nempè quòd ea differentia veniat à præca formula emptionis, & venditionis, quâ non solebat emptor stipulari rem sibi dari, sed rem sibi habere licere, ut constare ait ex Varronis testimonio, lib. 2. de re rustica. cap. 2. & 4. *l. servus 30. §. ultim. ff. de act. empt. venditor vero solebat stipulari pretium sibi recere dari, ut a;paret ex Catone in lib. de rustica. capit. 146. l. lecta 40. ff. de rebus credit. l. qui Roma 122. §. 1. de verborum obligat. & quòd verbum dari, quo in illa formula utebatur, translationem dominij significet; & verbum habere licere, quo utebatur circa mercis tradendæ formulam, non contineat nisi vacuum possessionis traditionem; adhuc tamen in quæstione sumus, quare formula illa, habere licere, sic concepta sit in mercium traditione, & in pecuniis hoc alio modo mihi dare, ita ut in pecuniis necesse sit ex illa formula transferre dominium, & in mercibus sufficiat sine dominio transferre vacuum possessionem: Et ita semper adaptanda est ratio nostra, nempè quia pecuniæ usus præter dominium nullus esse potest, mercis verò in vacua possessione sine dominio alius usus est text. singularissimus in *extr. an Joan. 2. 2. cap. ad condictionem 3. §. quamquam de verb. sign.***

sup. Sarmiento de rebus. Ecclesiast. part. 1. cap. 1. numer. 12. & seqq. si tibi vini ff. de usufruct. eorum rem que usi contum. quæ quidem ratio verissima est, & non restringit quæstionem de numerata pecunia ad contractum emptionis, & venditionis, sed ad omnes omnino contractus extendit. Et sic interpretandus est text. in dict. ex venditio 1. §. 2. ff. de actionib. empr. quæ sanè traditur ab Henrico Heldec. in dict. l. naturalis §. ff. de presc. verb. xiom. 18. Vvefemboc. in paratit. l. ad tit. de action. empr. & Osuvald. lib. 13. eorum Donel. cap. 5. luer. A. quem minor non vidisse vigilantissimum Doctorem Josephum Fernandez à Retes Circa quæ vide etiam quæ diximus supra lib. 2. cap. 10. num. 7. & seqq. usque ad fin. cap. Et si alius rem cogitare velimus, penè idem exemplum circa mercis, & pretij traditionem in emptione, & venditione inveniemus, ac in permutatione vidimus: Nam nequè in emptione, & venditione dominium mercis in accipientem transfertur, etiam si emptio sit iusta causa transferendi dominij nisi pretium vicissim solutum sit, aut satisfactum, vel fides pro eo habita, §. venditio 41. instituit de rerum divis. procuratoris §. §. sed si deat mercem 18. ff. de tribut. action. l. quod vendidi 19. l. ut res §. 3. ff. de contrab. empr. Idem dici debet, si pretium solvatur ante mercis traditionem: Quia æquitas, & æqualitas omnino dirigit omnes contractus, & modum juris imponit, ex æqualitate omnium causarum, utriusque contrahentium concurrentium, nè in illis quicquam inveniat rectum, quod etiam æquum, & bonum non sit: Quod maxime in jure observandum est.

12 Similes causæ in nuda ob rem datione non interveniunt utrique, sed ex una tantum parte, id est ob rem dantis. Itaque sicut ex stipulatione, & legato dominium rei omnino transferendum est, l. ubi autem §. ult. ff. de verborum obligation. l. hujusmodi 84. §. qui servum §. ff. de legat. 1. quia obligatio, quæ una est, & ex una tantum parte tenet, & non ultrò citòque oritur, ex ea tantum parte obsoluta esse potest: Eiqnè parti ex altera parte quia obligatio nulla est, modus dari non potest, ille enim non datur absque conventionione. Sic etiam ex nuda ob rem datione contingit, in qua si pecuniam, vel aliud quid tibi dedi, ut mihi vicissim Stichum dares, nullà circa hoc conventionione inter nos præhabita (nam si ea præcessisset, non esset obrem datio, sed contractus innominatus) donec dominium Stichi meum feceris, & me de eo securum, datà cautione de evictione, redieris; potero à te repetere id quod dedi, etiam si illud quod dederam, alienum esset, quia neque deo meum dedisse, vel dominium, aut possessionem meam transulisse, postquam neque das, neque tenoris dare ex eo, quod ego dedi, l. ult. ff. de cond. cau. dat. cau. non secur. cujus hanc esse sententiam docuimus supra lib. 2. cap. 6. l. & eleganter 24. §. 1. ff. de pignor. action. l. indebiti 15. §. 1. ff. de cond. indeb. & sic etiam rectè explicata manet, l. 1. cum omnibus suis §. ff. de rerum permutation. vide tamen quæ dicemus infra hoc capite numer. 17.

13 Uterius docet Paulus in d. l. naturalis §. §. 1. & si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse; dubium non est, nasci civilem obligationem, &c. Interpretes contrarium affirmant, in dict. l. ult. ff. de cond. cau. dat. cau. non sequit. ubi Consultus asserit ibi data pecuniâ, ut Stichus deat, se in id procliviorum esse, ut nulla alia sit obligatio, quàm ob rem dati re non sequitur; dicunt ibi idem permutationem non esse quia pecunia data fuit: Quasi verò natura permutationis à pecunia numerata abhorreat, quæ & de pretio

utriusque esse potest dict. leg. 1. ff. de rerum permutation. ibi. In permutatione verò si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet. Fatentur etiam aliqui, in dict. l. ult. permutationem esse, uti Doctores Josephus Fernandez à Retes d. lib. 2. opuscul. cap. 3. num. 3. & objectioni, quæ contra ipsos sit, nempe quare non sit emptio, & venditio, cum ex una parte pecunia intervenerit, & merx ex altera, l. naturalis §. §. ff. de presc. verb. dicunt pecuniam non fuisse datam certa quantitate, sed certo corpore, certo acervo, Cujac. lib. 23. observ. cap. 29. Vulcei. in §. ult. instituit. mandati num. 17. quos sequitur Osuvald. lib. 13. comment. Donel. cap. 1. luer. S. Anton Fab in ration. ad l. 1. de rerum permutation. Sed jam diximus supra dict. cap. 6. in dict. l. ult. conventionem non præcessisse, ex qua contractus omnes substantiam habere, incipiunt: Ideoque ibi non fuisse permutationem, atque contractum innominatum, quia ad illum constituendum præcisè necessaria est conventio præcedens. Et sic conciliavimus d. l. ult. cum d. l. naturalis §. §. 1. vers. sed si scyphos ff. de presc. verb. & in illo loco plura singularia circa superiora scripsimus

Neque obstabit dicere, quod in dict. l. ult. videatur aliquam conventionem intervenisse, cum non solum qui ultrò dat, velit dare, sed etiam qui accepit, vult accipere; non enim accipit invitus: Quia responderetur, hanc conventionem non esse de vicissim dando, vel faciundo: Et idèd si aliquod negotium geritur, geritur tantum ex parte dantis, dict. l. senatus 43. §. ergo qui mortis §. ff. de mort. cau. donat. ibi: Qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, (inquit Paulus) scilicet ut cum convalescerit donator, reddatur sibi: Neque dubitaverunt Cassiani, quin conditione repeti possit, quasi re non sequitur, &c. Sed ista non ultrò citòque obligatio est; non negotium civile, sed naturale tantum: Et idèd in nuda ob rem datione, seu in datione sub modo inspicitur demum tempus rei sequentis: in mortis 22. l. non videtur §. ff. de mort. cau. donat. l. si ego 9. §. 1. ff. de jur. dot. l. servus 76. ff. de hered. instit. In contractibus verò subsequuta quantitate rei traditione, refertur, & retrahitur obligatio ad tempus conventionis, vide quæ dixi in cap. sup. num. 11. in fin. quia, ut ait Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 4. princ. 6. illat. ult. actus quilibet hominis incipit à voluntate: & ea de causa si proponeretur in dict. l. ult. tractum prius habitum fuisse, & antequam pecunia numeraretur, conventionem em dando Sticho intervenisse, adèd permutatio esset, ut illa usque ad terminos emptionis, & venditionis perveniret: In dubio verò visum est jurisconsulto Celso sequi debere id quod minimum est, l. semper 9. l. semper 34. in fin. l. quoties 20. ff. de regul. jur. l. si ita sit 14. §. ult. l. cum servus 39. §. Seio 6. ff. de legat. 1. id est ita à me datam fuisse pecuniam intelligitur, ut non fiat accipientis omnino, nisi eo casu quo ipse mihi vicissim tradiderit Stichum, ejusque dominium ad me pervenerit; & apposita evictionis cautione securum de eo me fecerit.

Hæc omnia in dict. l. naturalis §. §. 1. ff. de presc. verb. præcessisse certum est, cum in principio l. Paulus dicat inter nos convenisse, ut & tu meum filium, qui tibi serviebat, manumitteres; & ego vicissim tuum filium, qui mihi serviebat, manumitterem. Jurisconsulti verba sunt hæc: Naturalis meus filius servit tibi, & tuus filius mihi. Convenit inter nos ut tu meum manumitteres, & ego tuum. Et retente eodem themate in dict. §. 1. supponit in contracto, do, ut des conventionem præcessisse; in princ. l. prosequitur, Ego

Ego manumisi tuum filium, tu recusas manumittere meum, tunc actione præscriptis verbis agam contra te, ut mihi præstes quod mea interest, manumissionem fuisse à te filium meum. Ex quibus licet in dict. §. 1. non aperte inveniat conventionem interpositam fuisse, tamen certum est propositum legis in principio sumptum prosequi: idque manifestè colligitur, ex l. Titia 134. §. 1. de verborum obligat. l. si quis 6. §. si initium ff. de edendo §. at nec plurimi 15. instituit. de leg. Aquil. facit l. cum servus 18. ff. de cond. instituit. l. qui liberi 8. in fin. & duabus seqq. l. si plures 24. ff. de vulgar. & pupill. substituit. l. licet 74. de legat. 1. l. quoties 23. l. Lucius 78. §. Mævia §. ff. ad S. C. Trebell. l. 1. C. de impub. & aliis substitit.

16 Prosequitur Paulus in dict. l. naturalis §. §. 1. his verbis: In qua actione id venit, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti mea interest illud de quo convenit accipere: Vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non sequitur: Undè eam nemo lucrum adipisci possit nisi ex præcedente contrahentium conventionione, l. actionum 25. §. 1. ff. de obligat. & actionib. ut docuimus supra lib. 2. c. 6. n. 6. & infra lib. 3. c. 1. n. 1. c. 5. n. 2. & cap. 8. num. 13. indèd provenit quod conventio præcedat in contractibus incertis necesse sit, quia ex his igitur ad id, quod interest, quod sine conventionione peti non potest. In præscriptis verbis, actione, sicut in omnibus aliis directis ex contractu actionibus hoc amplius est, quàm in conditione naturali, quod in directa actione venit id omne, de quod accipiendo convenit. Quod ferè aliud est distinctum ab eo, quod datum est, quia pleiunque lucri nostri causa contrahimus, ut rectè tradit Ulpianus in l. actionum 25. §. 1. ff. de obligat. & action. & lucrum nullum esse potest de eo, quod nos dedimus: Hæcquè lucri ratio, quia voluit, qui contrahit specialiter, ut aliud sibi detur, rei suæ repetitioni antepositor, & cum à rei suæ repetitione excludit, l. si si 22. ff. ratam rem haberi, ut fusè scripsimus supra lib. 2. cap. 6. & Paulus ipse confirmat, dum dicit, non ut reddas quod acceperis, quasi non satis tibi visum fuerit sic disjunctim dicere, ut damneris mihi quanti mea interest illud de quo convenit accipere: Vel si meum recipere velim, &c. Sic etiam Jurisconsultus papinianus in l. ob eam causam 9. ff. de presc. verb. iudicis officio, inquit, non verus obligatio restaurabitur, sed promissa præstabitur. Et hæc magis aperte à Jurisconsultis scripta sunt distinctione indubitabili interposita; nè alias disjuncta pro conjunctis accipiendi in dictis locis, (sicut frequenter in jure fieri demonstratur, in l. sapè 53. ff. de V. S.) à juris interpretatibus Consultorum sententia, & mens perverteretur.

17 Sed his, quæ hucusque diximus in hoc cap. obstat vâldè ipse Paulus in l. 1. in fin. princ. ff. de rerum permutation. dum dicit: Ponè ibi ultrò citòque datum fuisse, erit nè satis hoc ad perficiendam omnino permutationem? & id certum esse videtur, & perfectam dici eam. Sed quaeritur in §. 1. dict. l. quid faciendum sit, si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur; & responderetur in factum actionem dandam esse: sed hic causa adhuc superest, ut contractus permutationis sit, & daret, nempe, quia remanet apud eum, cujus res mihi tradita, & evicta est; ea res, quam ipse ego dedi: Ergo præscriptis verbis directa actio mihi competere debebat, & non actio in factum utilis contra eam: qui mihi dedit rem, quia postea evicta fuit. Gravissima hæc difficultas est, & adjavatur ex dict. l. naturalis §. §. at cum do 2. ff. de presc. verb. ubi etiam dicit Heron. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

18 citar re evictâ actionem in factum dandam esse: Quo in loco actio in factum intelligitur de actione utili tecuriam l. 1. §. 1. ff. de rer. permutat. Ut notandum hujus objectionis effugiant, dicunt aliqui, quod possessio per evictionem evocari fuit, & ita videatur eam unquam traditam fuisse, l. ratio 3. Digest. de action. empr. l. non videtur 22. Digest. de acquirend. possess. l. filiusfamilias 14. de exception. Hæc tamen responsio etiam vera fuisset, nullam vim haberet ad dissolvendam dictam objectionem: Nam quod objicitur, est quæ actione agere poterit is, à quo res, quam accepit, evicta fuit contra eum, à quo alia res, quæ ei data fuerat, evicta non fuit: Nam ad agendum actione præscriptis verbis, suberat causa, & permanebat; quia is, qui agere debet, rem dedit, & apud accipientem permanet nullatenus evicta. Quæ ratione multo alij, inter quos connumerandus est Anton. Fab. in rational. ad dict. l. 1. crediderunt, & docuerunt, non esse in dictis locis dandam actionem in factum utilem, sed actionem præscriptis verbis civilem, cum civile negotium gestum fuisse negari non possit, l. 1. ff. de estim. action. l. juris gentium 7. §. sed si 2. ff. de pact. l. si tibi polenda 22. in fin. ff. de presc. verb. Quæ solutio non caret summâ ratione, nam si ex emptione quidem quando aliqua res venditur, & evincitur, datur emptori actio ex empto ad id omne, quod ejus interest, l. si in venditione 60. l. evicta re vendita 70. ff. de evict. Quare in permutatione etiam non dabitur post evictionem rei actio illa directa, quæ propria illius contractus est; id est actio præscriptis verbis, l. si permutationis 29. C. de evict. Et ita non est recurrendum ad in factum actionem cum civilis incerti actio ex tali negotio competere possit, quia est contractus innominatus ille, de quo nunc quaerimus, ex quo non datur conditio naturalis.

Hujus solutionis ratio satis efficax esse videtur: Nam si illa obligatio, quæ insurgit ex permutatione, civilis & directa est, ut Jurisconsultus Paulus tradit in dict. l. naturalis §. §. at cum do, ibi: Si sciens dedi de dolo dandam actionem, Julianus scribit, si ignoras in factum civilem, eamquè competere agnoscat ex rei traditione; & quæ semel alterutri comperierit ex traditione, non poterit ei extingui, etiam si res, quam acceperit, evincatur, l. evicta 16 §. si servus 18. ff. de eviction. ibi: Et quam actionem semel ex stipulatu habere cepti, eam neque evictione, neque morte, neque manumissione, neque fuga servi, neque ulla simili causa amitti, l. habere 57. ff. eod. Quomodo potest fieri, ut in supradicta specie non detur nisi actio in factum? Uterius, si utriusque contrahentium res, quam quisque accepisset, evicta esset, non esset alienum à recta jurisprudentiæ ratione utrumque ab obligatione recedere: Nam æqualis utriusque esset tunc recedendi causa, cum enim permutatio, traditione tantum ultrò citòque facta, ultrò citòque perficiatur, ratione illa supra adducta ex interpretibus, quia traditio non videatur facta, nisi quatenus permaneat, dict. l. ratio ff. de action. empr. Rectè diceretur utramque rem, quæ evincitur, non fuisse traditam, per consequens nullam permutationem à principio contractam: aliter ac in emptione, & venditione, locatione, & conductione, & similibus quæ consensu perficiuntur, nam in eis præter rei evictionem, ut distrahatur contractus, contrariâ conventionione opus est, l. emptio-ne 58. ff. de pact. ut eodem modo in contrariam actio dissolvatur, quod obligatum est per regulam l. nihil. 35. Digest. de regulis juris. Quando verò in T permutu

permutatione res ab uno tantum evicta est, cur Julianus & Paulus dicunt in factum actionem dandam esse, quasi deficiat directio: nam altera ratio à Juliano tradita in his verbis: *Neque ratio paritur, nisi una eademque res, & veniat, & pretium sit emptionis* Unde si ea res, quam acceperim; vel dederim, &c. difficultati non facit satis, quia actio præscriptis verbis, licet non habeat, singularum partium contrahentium expressa nomina, ut habet actio empti, venditi, locati, conducti; non ex eo minus alteri, cui res evicta est, vi potestatis suæ actio incerta satisfacere poterit, quam actio empti, & venditi: Ergo recta est hæc ratio interpretum in dict. §. unde, in factum actionem, id est, præscriptis verbis interpretantium. Hæc tamen interpretatio summè distans, & verbis Pauli alienissima est; nam ille in dict. §. unde, in factum actionem dandam esse respondit. Itaque alia melior eorum verborum interpretandi via querenda est. Sed antequam eam tradamus in hoc tractatu illud semper præsupponendum est, inesse necesse habeamus huius rei passim mentionem facere, quòd quando dicimus contractus innominatos traditione rei perfici, illud semper intelligamus præsupposità prius conventionione, nam sine ea perfici, neque esse contractus innominati non possunt: Itaque quoties legem rei traditione eos perfici, intellige nos loqui sub ea præsuppositione conventionionis præcedentis

19 Altera ratio, quæ felicibus superiorem modum dissolvit, talis est quòd possit ille, cui evicta res est; licet is non fuit, qui prius dedit; sed qui dedit, postquam prius ab alio acceperit, pœnitere; & sic rem suam condicere: Nam si ille, qui prius dedit, ex causa permutationis, quamvis alter non dederit, non solum agere potest actione præscriptis verbis, sed etiam pœnitere, & condicere rem suam, quasi ob rem datam re non sequuta, d. l. naturalis §. 1. l. si tibi dotem §. ff. de præscript. verb. ut nos fusè docuimus supra hoc lib. cap. 4. & lib. 2. cap. 6. passim, quia ei licet contractum permutationis irritum habere, & conditionem utilem exercere; quare non poterit idem facere alter, cui evictum fuerit id, quod acceperat: Iniquum enim esset, ut ait Paulus, non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi verò si velit necesse esse, l. præterea §. 1. ff. mandati. Et hæc ratio optima esse videtur ex eo, quòd contractus est ultro citròque obligatorius, & mutua ex eo resultans obligatio, & communi ex causa constitutus l. Labeo. 19. ff. de verborum significat. idèd æqualiter ultrò citròque procedi debet agendi potestas. Itaque in dict. §. unde, non dicit ei, cui res evicta est, non competere actionem præscriptis verbis, uti tradit Julianus in dict. §. at cum do, & etiam expressum extat. in dict. l. juris gentium §. 2. ff. de pact. sed quod dicit est, ad repetitionem rei suæ dandam esse ei in factum actionem, & eam sufficere, si malit habere pro obliterato contractum, ex quo actio civilis nascitur, & conditione utili agere, quasi de re ob causam data causa non sequuta, sive finita, ut in dict. l. naturalis §. 1. Et sic forsan melius conciliantur prædicti textus, quam eo modo quo vult Hieronymus Trentler. volum. 1. disp. 30. thes. 9. dicent in d. l. naturalis §. 1. ff. de præscript. verb. Juliani sententiam referri, non verò probari: Quod falsum est, imò ex illa sententia explicatur l. 1. §. 1. ff. de rer. perm. De scientia verò, & ignorantia, quam ibi Julianus requirit, aliqua inferius dicam capit. 9. num. 4.

20 Cæterum de periculo, & commodo rei traditæ in contractibus innominatis, & ad quem contra-

hentium pertineat, colliges ex his, quæ tam longè scripsimus in hoc capite: Nam illud merendum est ex perfectione, vel imperfectione contractus. Itaque ubi omnino contractus perfectus est omnimoda perfectione, ita ut neque pœnitentiæ ullus locus detur, neque utili actione agi possit habendo contractum pro obliterato, vel rescindendo illum actione utili illius contractus, ut ex l. ex empto l. 1. §. is qui vina §. ff. de action. empt. ad accipientem pertinent commodum, & in commoda rei traditæ. Vide quæ circa hanc quæstionem scripsi lib. 2. cap. 6. numer. 15. & seqq. quæ distinctè sunt ab his, quæ de eadem quæstione docet Doctor Retes lib. 2. sect. 1. c. 4. per tot.

CAPUT VI.

An ad hoc genus Contractus, do, ut des, referenda sit species, l. ob eam causam ff. de præscript. verb. An, ut Interpretes credunt, ad contractum, facio, ut facias.

SUMMARIUM.

- 1 Ad Contractum, do ut des, referendam esse, l. 9. de præscript. verb. ostenditur. Superior propositio plurimis legibus probatur, ejusque ratio redditur. Qui actionem habet, rem ipsam habere videtur. Qui actionem remittit, ipsam rem reddere videtur, l. 2. §. 3. ad leg. Falcid. Traditur ratio, l. 2. 4. de pign. act. l. 10. §. 4. l. 15. cum seq. de jur. dot. l. 4. C. de evict. Quare inter exempla perfectæ rei ponatur Acceptilatio in l. 9. §. 3. quod met. cav.
- 2 Referuntur aliqui, qui putant in d. l. 9. esse contractum, facio, ut facias. Suam sententiam probant ex l. 45. §. 5. mandati. Ejus species, & difficultas proponitur. Actione mandati, aut negotiorum gestorum actio plus, quam solverit, consequi potest, Cuiuslibet interest non solvere potius, quam solutum repetere. Fidejussorem prestare an contineat causam dandi, an verò faciendâ.
- 3 Fundamentum d. l. 45. levissimum esse, & à d. l. 9. alienum ostenditur. Explicatur l. 38. §. 1. l. 2. l. 51. ff. mandati, l. 31. de fidejussor. Fidejussor malè petit, quod nondum solvit. Quare in dict. l. 45. §. 5. mandati, dominus mandatario, & aliis teneatur faciendâ causâ? In speciebus, quibus ipso jure extinguitur obligatio, causâ dandi continetur, non faciendâ? Quare debitum accipiens dicatur suum accipere, in l. 5. §. 10. pro soc. l. 44. de cond. indeb. l. 20. ff. de reb. cred. l. 1. de eo quod cert. loc. l. 6. §. 6. quæ in fraud. credit. In Acceptilatione jus dandi contineri ostenditur.
- 4 Superior sententia probatur etiam ex l. 6.

- l. 6. de reb. cred. eaque ponderatur. Acceptilatio loco vere solutionis habetur, & est imaginaria solutio. Explicatur l. in diem §. ff. de Accept. Quando in Acceptilatione causa faciendi contineri possit, ostenditur. Quare Acceptilationem juris esse dicatur, in l. 8. §. 2. de Accept. §. 1. inst. quib. mod. tollit. oblig. Omne jus pro datione esse rectè ratione ostenditur? Acceptilatio in l. 11. cod. tit. quare dicatur species acquirendi?
- 5 An delegatio debitoris datio sit? Explicatur l. 12. de novat. l. 51. de pecul. l. 26. §. 1. mandati, l. 4. de oper. libert. l. 18. de fidejussor. l. 187. de V. S. & alia.
- 6 Quare in d. l. 9. de præscript. verb. per Acceptilationem commissa liberatio, docetur. Datio factum continet, non è contra factum dationem. Non videtur res esse ejus, à quo ex causa auferri potest.
- 7 Ex dictis explicatur text. in l. 18. in princ. & §. 1. de compensat. Cessio, qui constituitur procurator in rem suam, faciendi causam continet. Explicatur l. 29. de procurat. l. 3. Codic. de novat. An procuratori in rem suam constituto debeatur ante litis contestationem? An procuratore mortuo ante litem contestatam, ejus heres utiliter agere possit? Tribonianus redarguitur, in l. 3. vers. nam sicut C. de donat. Cessa actio, cujus directæ permanet apud dominum, extinguitur morte cedentis, vel cessarii.
- 8 An utilis actio compensari possit cum directâ actione? Procurator quamvis in rem suam procurator tantum est, & non dominus ante litis contestationem. Explicatur mens verborum, l. 11. ff. de obligat. & action.
- 9 An post litis contestationem cessâ actio compensari possit? Litis contestatio inducit speciem quandam contractus, & priorem obligationem novat.
- 10 His, quæ diximus num. 1. & 4. obstat val. l. 1. 49. de solut. Ejus l. versic. quod si acceptum, difficultas proponitur. Refertur aliquorum sententia, qui dicunt, Acceptilationem non habere vim solutionis. Difficultas superioris l. dissolvitur. Hypotheca naturam præter Acceptilationem esse ex l. 80. de solut. ostenditur. Acceptilatione non tolluntur nisi obligationes, quæ verbis contrahuntur. Hypotheca est de numero eorum contractuum, qui re perficiuntur. Remissio pignoris per pactum non valet, nisi ipsa res reddatur, & quare? Explicatur l. 13. §. 4. de pignor. l. 59. ad S. C. Treb. l. 8. de solut. Nihil tam naturale est, quam eo genere quid dissolvi, quo colligatum est.

- Explicatur l. 3. in princ. & §. ultim. ff. de legat. 3.
- 11 Traditur interpretatio l. 18. quæ in fraud. credit. l. 1. §. 1. quib. mod. pign. solvitur. Acceptilatione, & alia quæque remissione pignus liberatur factò, non ipso jure.
- 12 Prosequitur explicatio, l. 9. de præscript. verb. cum. l. 49. de solut. Ostenditur casus, in quo Acceptilatione liberetur debitor, & non sit causa dandi. Explicatur l. 45. de cond. & demonst. ejusque verba referuntur. Omnia solemniter acta intelliguntur, quando quis generaliter se fidejussorem esse scribit.
- 13 D. l. 9. de præscript. verb. obstat val. l. 8. §. 7. ff. ad S. C. Velleian. Species ejus sumenda est ex §. seq. Ejus l. & alterius difficultas, & contrarietas ponderatur, & dissolvitur. Quid sentiat Consultus, dum in d. l. 9. dicit, veterem obligationem non instaurari. In d. l. 9. non negatur, conditionem naturalem dari posse.

PRIMò ad hoc genus contractuum innominatorum, do, ut des, referenda est species a Papiniano tradita, in l. ob eam causam §. ff. de præscript. verb. cujus verba sunt hæc: *Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titij debitoris delegaret, si fides contractum non impleat incerti actione tenebitur: Itaque iudicis officio non vetus obligatio restituetur, sed promissa præstabitur, aut condemnatio sequetur.* In quibus verbis debitor per Acceptilationem liberatus est ea lege, & pactione, ut creditori vicissim debitor Titium suum debitorem delegaret. Hæc species verè & formaliter est contractus, do, ut des: Veritàque hujus sententiæ probatur ex Jurisconsulto Paulo in l. species 11. ff. de acceptilat. ibi: *Species acquirendi est liberare dominum obligatione; & ideo fructuarius quomque servus liberare fructuarium acceptum rogando potest, quia ex re ejus videtur ei acquirere.* Idem Paulus eandem sententiam sublinet, in l. quin etiam 2. ff. de calumniat. ibi: *Quin etiam si quis obligatione liberatus sit, potest videri capisse, l. inter causas 26. §. si is qui 3. ff. mandati, ibi: Si is, qui fidejussori donare vult, creditorem ejus habeat debitorem suum, etimque liberaverit, continuo agit fidejussor mandati, quatenus nihil inter sit, utrum nummos solverit creditori, an eum liberaverit, l. si debitor 4. Digest. qui potiores in pign. habeant. ibi: Neque enim interest solverit, an pensaverit, l. promittenda 41. §. acceptis 2. l. licet 43. §. 1. l. vir ab eo 49. in fin. l. si mulier 77. ff. de jur. dot. l. cum hio status 32. §. sive autem 23. ff. de donat. inter virum, & uxorem, l. si fundum 81. §. Titio 5. l. hujusmodi 84. §. si ita 7. ff. de legat. 1. l. si mulier 3. ff. de legat. 3. l. non solum 7. §. 1. l. si ei qui 29. ff. de liberat. legat. l. in adibus 9. Digest. de donat. l. mortis causa 31. §. ult. ff. de mort. cau. donat. l. in tantum 18. cum seqq. Digest. de liberal. caus. l. amplius 15. ejusque sententiæ ratio sumenda est, ex l. is qui 15. ff. de regul. jur. puta, quia rem habere videtur, qui actionem habet ad rem recuperandam: Et idèd qui actionem remittit ipsam rem dare videtur, l. Nescimus 22. §. si debitori 3. in fin. Digest. ad leg. Falcid. ibi: *Capere enim videtur, eo quod liberatur.* Eademque ratione dicitur emptor ille, qui rem æstimatam, vel insolutum sibi debitæ quantitatis accepit, quia videtur ejus rei tantum pretium solvisse, quantum ex debito definit accipere, l. eleganter 24. ff. de*

ff. de pignor. act. de cujus leg. explicat. vide Reinh. Bachov. in exercit. in chiliad. Anon. Fab. dec. 100. err. 8. & duob. seqq. plerumque 10. §. si ante 4. l. quod si 15. cum. seqq. ff. de jur. dot. l. si pradium 4. C. de evictio. Eadem causa ponitur inter exempla perfectæ rei acceptilatio, non minus quam stipulatio, postquam sequuta fuerit pecuniæ numeratio, in l. metum 9. §. sed quod prator 3. ff. quod met. cau. Donel. lib. 14. comm. jur. civil. cap. 4. Ofuvald. lib. 16. comm. Donel. cap. 15. liter. EE.

2 Non desunt tamen qui putent qui in specie relata in d. l. ob eam, non esse contractum do ut des, sed esse contractum innominatum, facio ut facias. Cujac. lib. 11. respons. in dict. l. ita credidit; & eandem sententiam absque ulla controversia præsupponens ad alia transit Doctor Josephus Fernandez à Retes lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 9. num. 3. & immoderatus Antonij Fabri reprehensor Bachov. dict. loc. dec. 83. err. 4. num. 7. Illam veram esse nobis persuadere vult Cujac. ex l. si mandatu 45. §. quoties 5. ff. mandati: ibi ait Paulus, Quoties ante pecuniam solutam mandati agi posse divimus, faciendi causa non dandi tenebitur reus; & est equum. Itaque qui mandatu alicujus emit: quive gerens alicujus negotia creditoribus ejus promittit: qui aliquem iudicio liti re promittit; is antequam conveniatur ab his quibus obligatus est, dominum convenire potest; non ut dominus det, aut solvat ei quantum pro domino debet, quia fideiussor mandatarius, aut negotiorum gestor, mandati, vel negotiorum gestorum iudicio non plus consequi debet, quam quod solverit, dict. l. inter causas 26. §. praterea 4. ff. mandati, l. si mandavero 21. l. idemque 10. l. fideiussores 11. ff. eod. tit. §. si quid autem 6. instit. de fideiussor. Sed solum in id, ut pro eo dominus obligationem suscipiat, vel eum defendat, l. ut. ff. de cont. tutel. & mil. action. l. si quis mandatu 28. ff. de negot. gest. dict. l. si mandatu 45. in princ. ff. mandati. Ratio hujus rei est quia cujuslibet interest non solvere potius, quam solum repetere, l. ideo 3. ff. de compensat. l. si stipulatus 15. in princ. ff. de iudic. Anon. Fab. in jurispr. Papin. tit. 12. princ. §. illat. 15. & illat. 29. Donel. lib. 15. comm. jur. civil. cap. 16. Ofuvald. ibi liter. D. Ulterius fideiussorem præstare est tantum facere, l. rogasti 19. §. 1. ff. de præsc. verb. si suscipiendæ obligationis causa non fuerit dandi, sed faciendi: Ergo causa delagationis & liberationis, de quibus agitur in dict. l. ob eam causam 9. ff. de præsc. verb. est causa faciendi, non verò dandi: & hanc ipsam sententiam sequitur Cujac. in dict. tit. de præsc. verb. licet non ita fundamentum ejus augeat, sicut nos fecimus: eandem & in aliis locis repetit, & substat, motus semper ex dict. l. 45. §. 5. ff. mandati.

3 Sed ut verum fatear fundamentum dict. §. quoties, ad probandam dictam sententiam levissimum est, & toto cælo distans ab specie illa, quæ refertur in dict. l. ob eam causam 9. ff. de præsc. verb. Nam in dict. §. quoties, notat Paulus, faciendi causam ibi locum habere, antequam mandatarius, vel fideiussor pro debitore pecuniam solverit; id est, ubi nondum liberatus est debitor, seu fideiussor; ubi debetur mandatario seu fideiussori sub hac conditione, si pro debitore solverit: de quo agitur in l. Lucius Titius 8. §. 1. ff. mandati: Et quando solvit, aliud statuendum esse docet text. in l. idem 10. §. fideiussores 11. & ut. l. si verò 11. l. qui mittam 56. §. 1. ff. eod. tit. l. fideiussor 45. ff. de fideiussor. l. quod dicimus 105. ff. de solution. l. ele-

genter 24. §. si vendiderit 2. ff. de pign. action. Itaque non rectè mandatarius seu si i. iustit. intenderet sibi dare oportere quod nondum solvit, l. ff. de cond. sine cau. l. her. exuariarum 7. in fi. ff. de reb. aut. judic. p. ff. iniquum enim esset debitorum semper manere debitorem creditoris, & nihilominus teneri solvere: sicut nec dominus sibi dari oportere id agere potest quod mandatarius emiser, cujus pretium à se, seu suo nomine nondum solutum esset, sed tantum satisfactum: cum & si ante diem solverit mandatarius id quod in diem debetur, ante diem petere non possit dict. l. si mandavero 21. l. si fideiussor 51. ff. mandati l. si fideiussor 31. ff. de fideiussor. Et exinde provenit quod dominus mandatario, & cæteris teneatur faciendi causa, non dandi, id est ab eo amovendæ & in se suscipiendæ obligationis, non etiam extinguentæ ipso jure, aut adversus omnes: quod quidem propriè solvere, & tollere est: ac per consequens facere non dare, quia non extinguitur obligatio ipso jure, sed amovetur. In aliis verò speciebus, ubi liberatio ipso jure contingit per acceptilationem causa dandi est, non verò faciendi, ut rectè probatur ex supradictis locis, & ex dict. inter causas §. ut. ibi: Si fideiussori donationis causa acceptilatio factum sit à creditore: pro si fideiussorem remunerare voluit creditor, habere eum mandati actionem. Itaque quod ante liberationem contingentem in dicta lege mandatu Parag. 1. b. quoties, faciendi causa sit; non efficit, ut in dict. leg. ob eam, non sit species, do, ut des. Sed hoc ab illo magis firmatur; nam quemadmodum rectè intenderet creditor debitorem sibi dare oportere, & tunc dationem petit creditor, qui accipere vult à creditore: Sic per acceptilationem, quæ Juris est eum non facto tantum liberat, sed etiam datione, & jure: Jure enim meum est, quod mihi debetur, dict. leg. is quæ 15. Digestis de regulis juris, & debitum recipiens suum accipere dicitur, in leg. cum duobus 52. Parag. 1. b. idem respondit 10. Digestis pro soc. l. repetitio 44. Digestis de cond. in ab. l. si tibi 20. Digestis de reb. credit. l. 1. Digestis de eo quod cert. loc. l. quod autem 6. Parag. 1. b. apud, Laboneum 6. Digest. qua in fraud. credit. Hotoman. 3. observat. 17. Scipion Genzil 1. de donat. inter virum, & uxorem, Donell. libro secundo comment. juris civilis, capite octavo, & libro 12. capite primo, utrobique Ofuvald. litera A, Itaque jure illud facio accipientis debitoris, quando cum per acceptilationem liberor.

Probatur etiam nostra sententia, ex leg. eorum est 6. in fi. Digestis de reb. credit. ubi dicitur mutuâ vice fungi, Quæ tantumdem præstunt; id, quod substituitur loco alterius, idem videtur esse, ut eo, in cujus locum substituitur: Sed liberatio quæ sit per Acceptilationem, subrogatu loco veræ solutionis, quia Acceptilatio est imaginaria solutio, §. item per Acceptilationem 2. instit. quibus modis tollit. obligat. Ergo idem potest Acceptilatio, quam vera solutio: Itaque quasi idem sit, ait Ulpianus, Acceptilationem in diem fieri non posse: & id ducit ex eo, quod veræ solutionis exemplo Acceptilatio soleat liberare. l. in diem 5. Digest. de Acceptilat. Unde postquam Acceptilatio est liberatio ejus quod debetur, consequenter, quod si debitor debeat causa faciendi, Acceptilatio sit liberatio facti

facti; si verò debitor debeat causa dandi, acceptilatio causam dandi continebit: & tunc acceptilatio continet causam dationis, & juris. Itaque si fideiussori, qui nondum solverit, acceptilatio feratur, quia ei reus principalis faciendi causa, & non dandi tenebatur, ut docuimus, præced in eo liberatio facti tantum erit: liberatio tamen ipsius debitoris principalis, qui teneatur dare, dationis erit. Imò & hoc amplius dicendum est, omnis acceptilatio sit juris, l. an inutilis 8. §. acceptum 2. ff. de accept. dict. §. item per acceptilacionem instit. quib. mod. tollit. obligat. quia omnis stipulatio, quam solam acceptilatio tollit, ipso jure juris est; & si in ea factum contineatur, non potest ipsum jus nisi ipso jure tolli, l. si unus 27. §. pater 2. ff. de pact. l. prout 8. l. verbum 107. ff. de solut. sed omne jus pro datione est, quia nulla datio aliud, & alius initium habere potest jure ipso: idcirco omnis datio id quod amplius factum habet, præcisè juris esse debet: vide quæ diximus supra lib. 2. cap. 6. num. 21. Itaque sive datio, sive jus dicatur, eo nomine dicitur aliquid distinctum, seu oppositum factum: ergo acceptilatio quæ juris est, præcisè datio erit. Itaque factum, quod deducitur in stipulationem, rectè dicitur acceptum fieri, quia quantum ad stipulationem, in qua comprehenditur factum, illa juris est. Nemo civiliter acquirit sine datione: atqui acceptilatio est species acquiriti inventa à jure civilis dict. l. species 11. ff. de acceptil. dict. l. verborum 107. de solution. ergo datio est.

His consequens est quod sicut datione creditor liberat debitorem vel per acceptilationem ei videatur dare: eodem modo debitor alia datione debitorem suum delegat creditor, & per delegationem ei dat l. si quis 12. ff. de novat. quia delegatio non minus civilis est & juris, quam acceptilatio, l. quod debetur 5. l. ff. de pecul. ibi: Delegatio pro justa præstatione est dict. l. inter causas 26. §. besse 2. ff. mandati l. qui liberatus 37. §. sed si creditoris 4. ff. de oper. libert. ibi: Solutionis enim vicem continet hæc delegatio l. ut mihi 21. ff. de donat. ibi: Ut mihi donares, creditori meo delegante me promitti: factam valet: ille enim suam recipit l. mortis 18. §. 1. ff. de mort. cau. donat. l. qui debitorem 18. ff. de fideiussor. ibi: Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur l. verbum 187. ff. de V. S. ibi: Verbum exacta pecunia non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem, l. cum de bonis 11. C. de donat. C. jus lib. 2. instit. tit. 9. §. si quis nobis 12. facit text. in l. quamvis 8. §. interduam 3. & §. interduam 3. §. plane 5. ff. ad S. C. Velleian. Et sic ex utraque parte causa dandi fuit, ideoque contractus innominatus intervenit in dict. l. ob eam causam 9. quia acceptilatio fuit liberatio facta.

6 Hoc summè notandum est in dict. l. ob eam acceptilationem contigit liberationem: nam si sine acceptilatione debitori creditor debitum remisisset eo pacto, ut debitor vicissim nomen, quod adversus Titium habebat, cederet; utriusque causa faciendi esset: si verò creditor per acceptilationem debitorem liberasset, ut creditor debitor nomen cederet; ex parte creditoris causa dandi esset, ex parte verò debitoris causa faciendi: tamen utroque casu causa illa sufficiens ad producendam actionem præscriptis verbis, & ad constituendum contractum innominatum esset, quia datio idonea, & par causa est non solum ad producendam obligationem dandi in altero; sed etiam multò magis ad producendam obligationem faciendi, quia da-

Hieron. Oror. de Apicib. Iur. Civil.

tio etiam factum continet, non è contra dationem factum, ut docui supra lib. 2. c. 6. num. 21. & seq. ex l. naturalis 5. §. at cum do 2. & §. quod si faciam leg. ff. de præsc. verb. Si verò creditor sine acceptilatione debitum remisisset debitori ex pacto, ut debitor creditori nomen Titij delegaret, nihil pactio hæc valeret ad obligationem civilem noviter producendam: & ideo pristina actio retineretur; quia causa facti, quæ versatur ex parte creditoris, impar esset, & non idonea obligationi ad dandum ut supradict. loc. copiosius demonstravi. Acceptilatio verò cum ex una parte intervenit, & ex altera delegatio; utque utriusque causam dandi faciunt, quia æquè juris sunt. Neque obstat, si dicas mandatario aliquid abesse videri, nempe id in quo obligatus est, quia non videtur perfectè unjusticiusque esse id, quod ex causa ei auferri potest, omnis 138. §. 1. ff. de regul. jur. & res jam non integra est, leg. plane 34. §. quod si rem 7. ff. de leg. 1. l. si filios familias 25. ff. de solut. matrim. Nam responderetur, quòd adhuc id, quod actum est, omnino facti est, quia res adhuc imperfecta est, necdum consummata, donec pecunia soluta non est, l. facta 28. ff. de solut. matrim. l. Papinianus 23. ff. de donat. inter vir. & exor. d. l. metum 9. §. sed quod ff. quod metus cau.

Ex his interpretationem sumere debet textus 7. difficilis in l. in rem 18. in princ. & §. 1. ff. de compensat. ibi Papinianus ait, quod si aliquis in rem suam procurator datus sit ante litem contestationem si vice mutua conveniatur. debitum in quo procurator constitutus est, compensari ab eo non posse: quod rationem elegantem, & quam nos supra num. 3. attigimus, habet; quia cessio illa actionum, qua quis procurator in rem suam constituitur, faciendi causam continet, quia non debetur procuratori directo jure ante litem contestationem, vel antequam delegatio fiat l. si actor 29. ff. de procurat. l. si delegatio 3. C. de novat. Ea ipsa causa est, cur creditor non cogatur compensare id, quod alij quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenit, id maxime velit dict. l. in rem §. 1. quia nuda voluntas sine delegatione non sufficit. Non sine questione, & magna controversia fuit, an procuratori in rem suam facto ante litem contestatam jam debeatur utiliter: si sine donationis causa procuratorem in rem suam aliquem constitutum esse, justo & recto jure ante litem contestatam dominus poterit directa actione agere, & donationem revocare: imò idem est etiam, si ex causa onerosa actio cessã fuerit dict. l. si delegatio 3. C. de Donat. Ulterius si procurator iste ante litem contestatam decesserit, hæredes ejus neque utiliter quidem agere poterunt sed res absolute domini manet l. Papinianum 23. ff. de donat. inter vir. & uxor. (unde falsum supponit Tribonianus in l. illam 33. C. de donat. in versic. nam sicut. ibi: Nam sicut venditionis titulo cessas actiones etiam ante litem contestationem ad hæredes transmitti permittitur, simili modo & donatas ad eas transferri volumus, quod aperte colligitur ex l. 1. & ex l. siquidem 8. C. de obligat. & action.) Ratio est, quia cessã actio ex donationis causa, vel ex obligatione, cujus causa, vel conditio directa remanserat prius defunctum, non transit ad hæredes l. sub hac 8. ff. de obligat. & action. l. pen. ff. que res pign. dari obligari non poss. l. 1. ff. qui potior. in pign. habeant. l. hæredi 21. ff. de pact. l. si ego 9. §. 1. ff. de jur. dot. Quando enim procurator agit cessã actione, experitur

T 3 ex

ex persona sui debitoris, & ideo illa actio simul cum mandato, quo cessa est, extinguitur, siue cedens illam, siue procurator, cui cessa est, ante litem contestatam moriatur.

8 Utilis autem actio, qua creditor agere potest, suo proprio nomine ei competit ex rescripto Divi Pij l. si cum 16. ff. de pact. l. procurator 55. ff. de procurat. l. si de fidejussor. tutor. l. 1. & 2. C. de obligat. & action. l. ex legato 18. C. de legat. ult. C. quando fisco, vel privat. sui debitor. conven. possit vel debitor. l. si absentis 4. C. si certum petatur. l. adversus 4. & seq. C. de Magistratib. convent. Itaque etsi utiliter procuratori deberetur, puta empti nomine, vel si cessa sit actio, tunc etiam mortuo (ut dixi) procuratore, vel domino qui cessit ante litem contestatam, neque ex ea causa cessa emptoris actione poterit par causa esse ad compensandum uti cum directo: & ita cum procurator quamvis in rem suam ante litem contestatam procurator tantum sit, l. delegare ff. de novat. l. si procurator 8. §. si quis 3. ff. mandati l. sicut, 8. §. si procurator 2. ff. de mod. pign. vel hypoth. solvit. l. hereditatem 28. ff. de don. l. si debitor 8. l. si debitor. 84. ff. de jur. dot. nihil obligationis in eo est propter cessas actiones, quod compensari possit cum eo, qui eum directo convenit ex directa actione. Et hæc unica, & singularis mens Pauli est, dum in l. quamcumque 11. ff. de obligat. & action. in hac præsumit verba: Neque stipulatio neque emere, & vendere contrahere possumus, ut alter suo nomine recte agat, id est directa actione: quæ intelligentia valde notanda est ad dicta verba.

9 Lite verò jam contestatâ, causa est quare compensatio fieri prohibeatur in d. l. in rem ff. de compensat. quia per litem contestationem actiones fiunt propriæ procuratoris, quasi per delegationem: quæ quidem delegatio litem contestatione fit, l. delegare 11. ff. de novation. l. secundum 53. ff. de obligat. & action. litem enim contestatio inducit specificationem novam contractus, & priorem obligationem novat, l. licet. 3. §. idem scribit 11. ff. de pecul. l. aliam 29. ff. de novat. l. omnes 26. ff. de obligat. & action. l. pro patre 10. §. 1. ff. de in rem vers. l. si fundus 16. §. si plures 6. ff. de pignor. l. injuriarum 13. ff. de injur. l. ut si 12. ff. de verb. signif. l. non solum 86. cum seq. l. omnes, 189. l. pœnalitâ 164. ff. de regul. jur.

10 His quæ suprâ diximus hoc num. 1. & 4. scilicet acceptilationem veræ solutionis vim habere; idèque donationem esse obstat acriter text. in l. solutam 49. ff. de solution. ubi Martianus docens, quæ dici debeat soluta pecunia, ait solutam pecuniam eam intelligi, quæ naturaliter numerata sit creditori: hoc respondit varijs personis, quibus solvitur enumeratis usque ad vers. quod si acceptum in eo verò versiculo ait, quod si accepto latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca obligata vel sine stipulatione accepta erat, tunc solutionis verbum non proficere, satisfactionis verò sufficere: ergo acceptilatio non habet vim solutionis veræ, l. si se non obtulit 4. §. ait prior 3. ff. de re judic. l. si rem 9. §. omnis 3. l. solutam 11. in princ. & §. solutam 5. ff. de pignorat. action. Donell. lib. 16. l. comm. jur. civi. cap. 9. & Oluvald. ibi l. iter C. & seqq. Sed respondetur id non repugnare proposito nostro, quamvis verum sit id quod in dict. l. 49. refertur: ratio est, quia sic non deducitur in acceptilationem quod stipulationis nomine debetur, nec debitor liberatur: quod necessariò requiritur, ut acceptilatio data sit: sed quod deducitur in acceptilationem, est hypotheca tantum: & hypothecæ natura talis est,

ut sit præter naturam acceptilationis; quemadmodum actio ipsa hypothecari extra naturam stipulationis est. Ratio est, quia acceptilatio est talis naturæ, ut in eam non veniant nisi solum obligationes, quæ verbis continentur l. an inutilis 8. §. acceptum 3. ff. de acceptilat. doctissimus D. D. Martin. de Larreategui lib. 8. selett. ar. jur. civil. ass. cap. 1. in princ. & hypotheca est species contractuum, qui re perficiuntur §. ut tutor 4. in l. quib. mod. re contrahit. oblib. l. cum & fortis 35. §. ult. ff. de pignor. action. l. qui res 96. ff. de solut. l. contractus 24. ff. de regul. jur. & idèd natura pignoris extra naturam acceptilationis est l. prout 80. ff. de solut. ac per consequens non potest pignus acceptilatione tolli, seu contraria forma, quæ constitutus fuit: illud verò de contractu fuit: ergo si vera rei solutio non sequatur, vel id quod loco solutionis sit, remissio pignoris nulla erit, l. gregæ 13. §. etiam 4. ff. de pignor. ibi: Etiam si creditor iudicatum debitorum fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio: id est si soluta est pecunia, aut si solus est debitor 59. ff. ad S. C. Trebell. Anton. Fab. lib. 7. conject. cap. 16. Unde valde mirum est in specie l. cum quis 38. §. fin. de solut. cum debitor fidejussori, qui pignus dederat, hæres fuerit, placere Africano durare pignoris obligationem, quamvis fidejussoria obligatio profus extincta sit: cujus rei ratio naturalis illa est, quia nihil tam conveniens rationi naturali sit, quam quibus modis quid contractum est, eisdem in contrarium actis dissolvi, l. nihil tam naturale 35. l. omnia 100. l. fere 153. ff. de regul. jur. dict. l. prout 80. ff. de solut. Sic in l. si mulier 3. ult. ff. de leg. 1. 1. ab eo, cui mortis causa remittitur pignus, fidei committi non potest, non ex illa ratione, quam vulgò tradunt, nempe quia qui remittit pignus, nihil dare videatur. Cujac. lib. 6. quest. Papin. in l. est pignus 18. ff. quæ in fraud. credit. Sed ex alia illa veriori, quod per testamentum non possit remitti pignus, cum non fuerit contractum per testamentum, sed interposita conventionione, & traditione rei (jam passim moneo quomodo consentum & pactationem intervenire necesse sit in contractibus, qui re perficiuntur) & hoc constat ex princ. dict. l. 3. ubi si dotem mulier à marito stipulata sit acceptilatione liberat eum ab obligatione stipulationis, & ab eo fidei committere moriens potest: quod provenit ex eo, quod obligatio stipulationis verbis contracta recte acceptilatione, quæ verbis contrahitur, tollitur: aliud (ut dixi) in pignore observatur, & idèd in dict. §. ult. ab eo, qui per testamentum remittitur pignus, fidei committi non potest.

Sic etiam Papinianus interpretandus est in l. etsi pignus 18. ff. quæ in fraud. credit. ubi ait, quod vir uxori, vel uxor viro remiserit pignus, veriore esse sententiam eorum, qui existimaverunt, nullam fieri donationem: quibus in verbis non absque divino spiritu Jurisconsultorum princeps Papinianus noluit scribere nullam esse donationem, seu improbari illam ut donatio contracta inter virum & uxorem: sed dixit nullam fieri donationem, quasi non sustineatur, pignus per donationem dissolvi, eadem modo possit per donationem constitui, sed rei interventione sola absque transactione dominij: & hoc sibi velle videtur idem Papinianus in l. 1. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. in fin. in his verbis: quoniam inutilem pecuniæ donationem lex facit, cui non est locus in pignore liberando. Neque versic. quod sine dubio d. l. etsi pignus quidquam obstat, cum dicit, quod si hæc, pignoris remissio in suam crediturum

creditorum fiat inter virum, & uxorem, actione utili revocandum esse pignus: & idem dicendum esse in quibuslibet alijs personis pignus sic in fraudem creditorum remittitur: Nam in d. vers. non agitur actione Pauliana, quia pignus remissione facta solvitur, sed non obstat creditoribus hypothecaria cum actionis hypothecariæ probationes graviores sunt, ut expeditur creditor Paulianâ magis, quam hypothecariâ actione agere: uti ex Misingerio, Vulteo, & alijs docet Oluvald. lib. 23. com. Don. e. ut. lit. M. Ergo reprobandum est circa superiora Cujac. in dict. loc. & Anton. Fab. de error. pragmat. dec. 6. error. 2. in fin. & D. D. Franc. de Amaya lib. 2. obfero. cap. 14. nu. 19. Idem Cujacius malè interpretatur, l. 1. §. 1. in fin. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. solvit. in lib. 29. quest. Papin. in l. Aquilius 27. ff. de donat. ita ex dictis facile impugnabis: Nos enim hæc ita breviter percurrimus lumpâ occasione eorum explicandam ex dict. l. solutam 49. ff. de solution. ut ad nostram l. ob eam de præsc. verb. redeamus Notandum tamen est, licet per acceptilationem ipso jure non liberetur pignus, liberari tamen dum naturaliter res reddatur, ut dicam n. seq. quemadmodum alia qualibet remissione, interveniente pactatione, & (quod idem est) restitutione pignoris: Quæ omnia, quia in facto consistunt facto pignus dissolvunt.

12 Hæc diximus ad explicationem dict. leg. solutam 49. versic. quod si acceptum de solut. ubi agitur de dissolvenda hypotheca per Acceptilationem: In hac verò, l. ob eam, ubi dicitur accepto liberatum esse debitorem, non accepto libertam hypothecam, neque cautionem exactam, nullum impedimentum potest esse, quominus verbum solutioni proficiat ad hoc, ut debito videatur tantum accepisse, quantum ei acceptum factum est. Amplius scire convenit, quod debitor ipse in aliquo casu liberari possit per Acceptilationem, & quod illa liberatio non sit datio, sed factum, id est non dandi, sed faciendâ causam continet, veluti si obligatio naturalis sit, quæ naturaliter solvenda est, l. prout 80. ff. de verborum obligat. tamen tunc etiam illa obligatio solvitur per Acceptilationem, ex eo quod juri civili inest naturale, ut pluribus docuimus suprâ lib. 2. cap. 2. num. 9. & seqq. de dict. l. an inutilis 8. §. ult. ff. de Acceptilat. Itaque Acceptilationis etiam inest pactum, nisi contra sensum sit, dict. l. 8. in princ. l. Stichum 9. §. 8. naturalis 4. ff. de solution. Sic etiam Paulus in conditionibus (in quibus debet semper observari specifica forma, quæ à testatore præscripta est, eandemque verba naturaliter, non civiliter sunt accipienda l. hereditibus 77. §. 1. ff. ad S. C. Trebellian. l. qui heredi 44. l. Mævius 55. ff. de condit. & demonstrat. Anton. Fab. lib. 9. conject. cap. 3. & lib. 17. cap. 30. Donell. lib. 8. comment. jur. civil. cap. 3. & ibi Oluvald. l. iter. l. 2. Anton. Gomez lib. 1. variar. resolut. cap. 12. num. 77.) ait in dict. l. Julianus 45. ff. de condit. & demonstrat. Julianus ait si heredi legatarius, cui sub conditione legatum erat, si heredi decem dederit; id quod ei deberet, hæres accepto tulisset: Non quidem videri conditioni paruisse, quasi dederit, sed quasi per heredem stet, quominus pareat, posse petere legatum, quasi steterit conditio: In hac verò d. specie l. ob eam, ubi nihil proponitur, neque specialiter declaratur, quominus debitor ipso jure per Acceptilationem liberatus sit, quia foret is ex stipulatu debitor, nihil certe obstatu alleri potest, quominus Acceptilatio sit loco dationis, & solutionis, quia omnia integra præcessisse, sine quibus actus non potest subsistere, credendum est, ut dixerit tradit Ulpianus in fidejussore accepto, quod si quis generaliter scripserit se fidejussisse,

omnia videri solemniter acta fuisse, l. sciendum 30. ff. de verbor. obligat. §. ultim. in fin. de fidejussor. Joan. Borcholt. de verborum obligat. cap. 1. num. 22. Cujac. lib. 29. quest. 7. Papin. in l. cum de in rem 6. ff. de usur. Anton. Fab. in Cod. Fabrian. de finit. 25. num. 3. Oluvald. lib. 24. comment. Donell. cap. 14. l. iter. l. & lib. 25. cap. 8. l. iter. E. Simili modo in dict. l. ob eam, ubi generaliter scriptum reperitur, debitorem liberatum esse, omnia præcedentia credi debet, talia fuisse, ut in Acceptilationem venire possint. Si hic debitor fidejussor esset rei principalis, & liberaretur per Acceptilationem, certum est ei statim actionem mandati fore, & statim agere posse, non minus quam si creditor eum donationis causa liberasset, dict. l. idem 10. §. ultim. dict. l. inter causas 26. §. si is qui 3. ff. mandati: Nam tunc primo loco reus principalis ipso jure liberatus esset: Quod non contingit in eo, cujus hypotheca tantum dimissa est, vel qui re obligatus fuit, quamvis per Acceptilationem utrobique liberatio facta sit. Et ita pro certo deinceps haberi debet, in dict. leg. ob eam, fuisse celebratam speciem contractus, do. ut des; non (ut alij volunt contractus facio, ut facias.

Postquam egregiè probavimus in Acceptilatione nis causam dandi, non causam faciendâ contineri, restat erit resolutio Papiniani dicentis, quod si is, qui Titium debitorem suum delegare promississet, contractus fidem adimplere recuset, eum posse is, qui accepto tulit, actione incerti, id est, præscriptis verbis convenire: Quod aperte manifestum est. Illud verò durius esse videtur, quod dicit Consultus, veterem obligationem non restaurari; sed iudicis officio promissa præstanda esse, aut condemnationem sequendam, ut in l. 1. ff. de action. empt. Nam huic sententiæ summopere obstat text. in l. quamvis 8. §. quoties 7. ff. ad Velleian. in his verbis: Quoties pro debitore intercesserit mulier, datur in eum præstina actio, etsi ille prius Acceptilatione liberatus sit quam mulier intercesserit: cujus §. species sumenda est ex §. si convenerit sequent. ubi convenit creditor cum debitore, ut expromissorem daret; & sub ea conventionione expressâ acceptum ei latum fuit: Deinde debitor ut fidem contractus adimpleret, dedit expromissorem mulierem, quæ munita est auxilio Senatusconsulti Velleiani: & in hac specie sic præsuppositâ ait Consultus, in dict. §. quoties, veterem actionem restaurari. Ergo falsa erunt in dict. l. ob eam, verba illa à Papiniano adducta ibi: Non vetus obligatio restaurabitur. Hæc difficultas valde interpretum ingenia fatigavit, & fere omnia oppressit: Illam tamen sic dissolvendam esse puto, Papinianum non negare, veterem actionem, & obligationem posse restaurari. Posse enim apertissime constat ex dict. l. quamvis 8. §. si convenerit 8. ff. ad S. C. Velleian. ibi: Potest ei condici quasi non dedisset, l. si quis 4. ff. de cond. cau. dat. cau. non fecit. ibi: Si quis accepto tutel. debitori suo, cum convenerit expromissorem daret, neque illi det; potest dici condici posse, eique accepto sit liberatus, l. si mulier 10. eodem tit. l. licet 4. §. 1. ff. de jur. dot. ut passim probavimus hoc lib. 3. sed dar ei, qui accepto tulit, actionem præscriptis verbis ex eo, quod magis ejus interfit hac actione agere, quam veteri obligatione: Ratio est, quia in illa actione præscriptis verbis continetur omne id de quo convenit, quod non est in veteri actione: Contractus enim initus fuit, & dum contrahitur, non id agunt contrahentes, ut damnum tantum vident, sed potius ut lucrum caprent: & lucri nomine ubicumque contrahitur, actio præscriptis verbis datur: Alioquin de re data, & eadem repetenda, aut de restituenda tantum

obligatione pristina inutilis esset contractus, cum conditio causa data causa non sequuta ad id sufficeret. Huic etiam conditioni naturali non renunciat is, qui convenit specialiter, ut pro eo quod debitori acceptum fert, nomine Titij debitor ei deleget: Sed ea conditione in subsidium agit, si nolit ex contractu agere, ut rectè docuimus in cap. precedentibus. ex l. naturalis §. 1. ff. de presc. verb. & l. legem 10. C. de pact. l. 1. C. de pact. convent. 1. in sp. dor. l. avia 6. C. de jur. dor. Tunc verò quando agimus hac conditione naturali pro oblitterato contractum habemus, & conventionem quasi nunquam convenisset: Papinianus verò, qui contractus formam legitime contractam respexit, secundum contractum respondens rectè dixit veterem obligationem non restaurari, quia conservato contracti novo non restituitur, sed remanere credendum est: & quasi de oblitterato contractu nihil conventionis intervenisse creditur: & hæc fuit mens elegantissima Papiniani.

CAPUT VII.

De aliis speciebus Contractuum innominatorum referendis ad genus contractus, do, ut des.

SUMMARIUM.

- 1 Ad genus contractuum, do, ut des, refertur, l. 8. & 10 de presc. verb.
Ad idem genus reducitur, & explicatur l. 12. cod. tit.
Ejus species ponitur, & ratio dubitandi proponitur.
Ejus l. dispositio extra virum, & uxorem ad ceteros etiam contrahentes extenditur.
Pacta in continenti adjecta partem contractus faciunt.
Pacta à contractibus trahuntur, & pariunt actiones contractuum, quibus inhaerent.
- 2 In dict. l. 12. actio ex empto dari poterat ex perfecta venditione.
In simili specie datur eadem actio ex empto in l. 2. C. de pact. inter empt.
Idem statuitur in l. 6. §. 1. de contrah. empt.
An verum sit circa hanc rem aliquando dubium fuisse.
An dict. l. 2. decisio fuerit facta ad exemplum legis commissoriae l. 4. cod. tit. §.
- 3 Superior dubitatio, quæ Cujacij est, convincitur ex l. 21. §. 4. de action. empt.
Ad idem sit argumentum ex l. 6. ff. de resc. vendit. l. 11. §. 6. ff. de action. empt. l. 31. §. 17. de ædil. edict.
Explicatur l. 2. C. de pact. inter empt. & l. 12. de presc. verb. & n. seqq.
- 4 Omni actioni empti, & venditi inest etiam prescriptis verbis actio, non è contrà.
An per actionem prescriptis verbis excludatur actio ex empto, & vendito?
Omni prescriptis verbis actioni inest etiam actio in factum.
Novà interpretatione illustratur d. l. 2. Cod. de pact. inter emptor. & vendit.

An possit competere simul actio ex empto cum actione prescriptis verbis?
Porderantur verba, d. l. 2. actionem prescriptis verbis, vel ex vendito tibi dedit.

Actio prescriptis verbis generalis est omnibus contractibus, in quibus conventio præcedit.

L. 7. §. 1. ff. de pact. probat contractus certos aliquid quando sine nomine fuisse.

5 Quare actio proveiens ex contractibus certis non appellatur actio prescriptis verbis?

Ex contractibus certis incerta actione prescriptis verbis agi posse ostenditur.

Quare in l. 6. de resc. vendit. actio in factum dicitur proxima actioni empti.

Repetitur quod ex l. 10. Codice de pact. l. 6. Codice de jur. dor. l. 1. de pact. convent. d. xix. us circa concursum actionis prescriptis verbis, & conditionis naturalis.

6 Quare in d. l. 12. appellatur actio in factum, cum illa, quæ ibi datur, sit civilis.

Idem queritur in l. 10. l. 13. l. 14. cum omnibus suis §§. l. 16. l. 22. l. 23. Digest. de prescript. verb.

Id quod interest, omnino facti est.

Quare actio prescriptis verbis dicatur actio in factum civilis.

7 Ex dictis interpretatur text. in l. 13. §. ult. ff. commo. 4. tit.

In commodato agi posse actione commodati, vel prescriptis verbis ostenditur.

Traditur regula generalis ad intelligentiam legum, quæ ex contractu certo dant actionem prescriptis verbis.

An sit aliqua species contractuum innominatorum, quæ non possit reduci ad quatuor genera contractuum, quæ in l. 5. de presc. verb. enumerantur?

8 Reducitur l. 17. de prescript. verb. ad contractum, do, ut des, & ea cum l. 1. ff. commodati, explicatur.

Res corporales mobiles, & immobiles commodari possunt: incorporales neutquam.

Non datur accessio accessionis, fructus fructuum usura usurarum servitus servientis.

Non videtur absumptum, quod in corpus patrimonij versum est.

Habitatio neque jus est, neque res corporalis.

Queritur, an habitatione data ad certum tempus, eo elapso possit agi actione commodati ad eam repetendam: an negatoria verò actione agi debeat?

Quando dubium sit actione competenti, itur ad actionem prescriptis verbis.

Quid significet verbum tutius, in dict. l. 17. ff. de presc. verb.

9 Ad idem genus contractuum reducitur, d. l. 17. §. 1. usque explicatur.

Quid statuendum esset in d. §. si margarita in d. §. si margarita darentur.

Explicatur text. in l. 1. §. ultim. ff. de æstimat. actio, ex dict. leg. 17. §. 1. de prescript. verb.

An æstimatio rei sit vera venditio? Et explicatur l. 10. §. 4. de jur. dor.

10 Ad idem genus contractuum, do, ut des, refertur d. l. 17. §. 2. usque explicatur.

Nunquam jus deficit, si probatio non deficit.

Expli

Explicatur verba, l. 5. §. penult. de acquir. rer. dom.

Furtum consistit omnino ex animo, & contractatione fraudulosa edocetur.

An actio prescriptis verbis possit concurrere cum actione furti.

11 An in contractibus certis fieri possit distinctio scientia, vel ignorantia, rei furtivæ apud quem sit?

An in illis agi possit actione furti, simulque actione contractus?

Certa actio certa actioni non cedit incerta certa cedit.

Furti actio an certa, an incerta actio sit, ostenditur.

Explicatur verba, l. 1. de presc. verb.

Actiones utiles non concurrere cum suis directis demonstratur.

12 An in d. l. 17. §. 2. solà inficiatione furtum committatur?

In deposito ante contractationem rei solà inficiatione furtum non fit.

13 D. l. 17. §. ult. explicatur, ejusque species, & dubitatio proponitur.

In deposito non transfertur possessio, & res ipsi deponenti restituenda est.

De sententia Sabinij explicanda prius agitur in d. §. ult.

Quarum rerum nomine furtum fieri posse ostenditur.

Quid statuendum sit circa actionem in sponsione facta ex causis inhonestis.

Obicitur superioribus l. 3. de cond. ob turp. cau. ea que dissolvitur.

Explicatur remissive l. 18. de prescript. verb.

AD idem genus contractus, do, ut des, referri debent text. in l. dominus §. ff. de presc. verb. quem explicavimus supra lib. 2. cap. 8. & text. in l. partis 10. eodem tit. quem etiam explicatam habes, dict. lib. cap. 10. & text. in l. si vir uxori 11 §. cod. ubi proponitur, quod vir uxori suæ fundos vendidisset eam interpositi à lege, & pactione, quod si coningeret divortium inter eos fieri, uxorem eodem fundos viro, si ipse voluisset eos emere, revenderet eodem ipso pretio, quod mulier solverat: Quaritur divortio sequuto, si mulier nolit fundos secundum legem, quam contractui dixerat, transcribere viro; quæ actione vir eam poterit convenire? Et respondet Proculus se exiimare iudicium in factum reddendum esse; & hoc non solum inter virum, & uxorem obtinere; sed etiam inter alias personas quascumque, quæ sub alia conditione conciperent pactionem hanc vendendi, & transcribendi ei, qui rem vendiderat. Sed contra Proculum facit dubitatio hæc non parum urgens, quod pactio, quæ in hac specie continetur veram emptionem, & venditionem comprehendat sed formatam eo pacto, quod in continenti ad eum factum sit, l. juris gentium 7 §. qui in 10. §. ff. de pact. l. cum dicitur 10. C. de jur. dor. l. contractus 23. §. ultim. l. se super 24. ff. de regul. jur. & per se non subsistunt pacta illa incontinenti apposita, sed propriè partem contractus, cui inhaerent, faciunt, quamvis de accessionibus sint, l. in emptione 34. l. qui fundum 75. l. si de partem 79 ff. de contrah. empt. l. quod si volit 11 §. ult. ff. de adit. edict. facit l. eandem 9. §. 1. ff. de prob. verb. Si enim per se subsisterent, non haberent nomen pacti tam sed nobilitati, & majore nomine appellarentur contractus, & non continerentur, sed

continerent: Sed pacta conventa quæ dant formam contractui, non continent, sed continentur: Non trahunt ad se contractus, sed trahuntur à contractibus l. in rem 23. §. jed & id quod 3. l. sed ex diverso 35. §. 1. ff. de rei vindicat. l. amisi 51. §. 1. ff. de fidejuss. idè que hæc pactio, quæ adhibita fuit in hac lege, venditioni actionem ex empto parit, quia pacta semper producant illam actionem, quæ provenit ex contractu illo, cui in sunt, l. pacta conventa 72. ff. de contrah. empt. Ergo non dabitur actio in factum: Sed si pactum sit de re sua tantum repetenda, eaque sine ullo lucro repetatur; & ea de causa videatur citra contractum fuisse; non est dubium sufficere actionem empti ei pactioni: Ergo non rectè Proculus hunc contractum incertum fecit, adeò ut usque ad actionem prescriptis verbis producendam eum extenderit.

Sed ut verum amemus, nihil est, cur non dicamus illi patroni sufficere actionem empti, & venditi: Et ita non esse necesse in hac lege actionem in factum interpretari utilem citra prescriptis verbis actionem: Imò & in simili dicitur etiam actio ex empto, & ven lito, in l. si fundum 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. composit. & in l. sed Celsus 6. §. 1. ff. de contrah. empt. Neque credimus eis, qui dicunt aliquando dubium fuisse, an in hac specie, non solum tempore Proculi, cujus est hæc l. si vir uxori, qui vixit ante Imperatorem Vespasianum hanc dubitationem non potuisse defini per jurisprudentiam illius sæculi, neque multo post illum: Et tandem definitum fuisse per Imperatorem Alexandrum in dict. leg. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. idque decisum fuisse exemplo emptionis, & venditionis, cui adjectum sit pactum commissorium, l. si fundum 4. ff. de leg. commiss. quam sententiam Cujacius ubi videtur amplecti, dum hæc dicit: *Notie vero à principibus constituta est, ut ex hac l. vendendi datur etiam actio ex empto, potest tamen etiam agi prescriptis verbis, l. 2. C. de pact. inter empt. hæc Cujacius, & apertius hoc idem fatetur, lib. 10. quest. Pap. in l. pacta conventa 72. ff. de contrah. empt. Itaque ex ea dubitatione oriri ait quod in l. si convenerit 6. ff. de resc. vendit datur ex empto dari actionem, aut proximam ex empto in factum competere. Quam Cujacij sententiam sequitur etiam Christoph. Besoldus in delibatis juris lib. 2. part. d. 9. 7.*

Hæc verò Cujacij opinio falsa est, nam Justinianus sultus Paulus in l. sterilit 21. §. si tibi 4. ff. de action. empt. proponendo similem speciem absque ulla dubitatione de re certa, & jam diu decisa actionem ex empto dandam esse docet: illius verba sunt: *si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine tibi actio est, quasi in partem pretij ea res sit.* Et non tam audacter hoc decidisset, si dubium fuisset, vel si ad ejus tempus decisum descendisset, quod ante eum tam controversum vel dubium fuisset; non potest credi ab ipso nos admonitos non fuisse, undè talis controversia acquivisset. Nec Sabinus, qui ante Proculum temporibus Tiberij floruit, hac in re ullam dubitationem habuit etiam in l. si convenerit §. ff. de resc. vendit. ubi Paulus ex Sabinò hæc scripsit: *Si convenerit, ut res que venit si intra certum tempus displicisset, redderetur: ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.* Julianus etiam referente Ulpiano in l. ex empto 17. §. is qui vine 6. ff. de action. empt. ait actionem ex empto dari, ut arthà restituatur utilemque esse actionem ex empto etià ad distrandum contractum. Idem Ulpianus in l. quod si nolit 31. §. in factum 7. ff. de adit. edict. ex eo quod actio-

nen

nem in factum competere emptori dicat ad pretium recuperandum, si mancipium redibitum fuerit, non negat etiam competere actionem ex empto secundum ea, quæ ex dict. §. *si qui vina*, fuscè scriptum supra lib. 2. cap. 6. num. 15. & seqq. Ita etiam Proculus in dict. l. *si vir uxori*, loquitur: *Si vir uxori sua fundus vendidit, & in venditione comprehensum est.* Quibus verbis satis manifestè ostendit se velle emptionem & venditionem esse: unde ex ejus sententia dici debet ibi dari actionem in factum, id est civilem, seu præscriptis verbis, ut vult Imperator Alexander in dict. l. 2. *C. de pact. inter empt. & vendit.* illa tamen actio proxima est emptioni, & venditioni, ut vult Paulus in dict. l. *si convenit* 6. ff. de resc. vendit.

4 Per hanc tamen præscriptis verbis actionem non excluditur actio ex empto, & vendito: neque qui dixerit ex empto dari actionem in ea specie, contrarium aliquid præscriptis verbis actioni dicit; sed dicit amplius quàm præscriptis verbis actionem ex eo, quod omni actioni empti, & venditi inest etiam actio præscriptis verbis; non è contrà omni præscriptis verbis actioni inest etiam actio empti, & venditi. Quomodo intelligendus est text. in l. *si cum* 13. ff. de pign. act. & non sicut vult Covar. 3. *variari*. cap. 8. num. 5. & seqq. Tiraq. de retr. conven. f. 1. Omni præscriptis verbis actioni, quæ quidem actio ex facto dicitur, vide quæ diximus supra hoc lib. cap. 1. inest etiam actio in factum, non contrà omni in factum actioni inest & præscriptis verbis actio. Itaque ut rectè dict. l. 2. *C. de pact. inter empt. intelligamus*, rectè dicitur ibi actionem præscriptis verbis vel ex vendito dari: Cave tamen ne cum Cujacio in dict. l. *si vir uxori* ff. de præsc. verb. dicas: utramque actionem simul competere hæredi venditoris: & idè in ejus arbitrio esse eligere quam velit: quod etiam affirmat Covar. simul & Tiraq. *locis proximè relatis* Andr. Gail. lib. 2. *observ. v. 4. num. 3.* Donell. ad dict. l. 1. *Fachin. controvers. 11.* Gomez. lib. 2. *resol. cap. 2.* & alij infra referendi in fin. num. sequent. quorum contrarium, & nobiscum sentit licet obiter Bellon. lib. 2. *supputation. cap. 13. numer. 4.* ex expresso text. in l. *quoties* 21. ff. de præscript. verb. dicens actionem præscriptis verbis non concurrere cum alia actione: non enim hoc sibi vult Imperator Alexander, neque dixit utramque actionem dari, sed alterutram, dum dicit, *Actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi d. bitor*; non dixit, & ut conjungeret actiones illas sed dixit *vel*, ut eas disjungeret: unde hoc solum nobis ostendit, quod hæc actio præscriptis verbis generalis sit omnibus contractibus, in quibus conventio necessaria est ad formam eorum naturam, sive contractus nominati sint, sive innominati, quia semper datur ex negotio, & expressè præscripta conventionis lege: & in hoc genere, seu nomine generali stiterunt à principio omnes contractus, etiam illi, qui relicto nomine suo generali transferunt in proprium nomen contractus, veluti emptio, venditio locatio conductio, societas, depositum, & ceteri similes *l. juris gestium* 7 §. 1. ff. de pact. & tunc cum nondum transissent ad nomina propria, ex eis non nisi actio præscriptis verbis dabatur, ut diximus supra hoc lib. c. 1. num. 5.

3 Postea verò cum ipsi contractus nomina specialia habere ceperint, etiam nomine contractus actiones ex eis descendentes appellentur, veluti actio venditi, empti, locati, conducti, & c. Quo effectum fuit, ut etiam si nascantur illæ actiones ex præscripta conventionione, tunc appellentur præscri-

ptis verbis actiones: si verò is qui contractum per contractum certum, & nominatum, velit actione præscriptis verbis agere, non prohibetur, cum possit obliterato nomine contractus, ex quo agi vult, reducere illam conventionem ad illud tempus, in quo fuit absque nomine specializande fiet, ut actio præscriptis verbis danda erit, quia datur ex contractu incerto facto per nostram interpretationem: & tunc extinguitur actio empti, & venditi, quia de negotio illo subdactum fuit nomen speciale, & reductus contractus ad statum illum, quo nomen ei impositum non fuerat, eoque sine nomine nunc respicimus: & cum ubi non est nomen speciale contractus, non possit dari actio designata ullo nomine speciali, necesse est, ut datur actio nomine generico præscriptis verbis ad speciem directo modificata, & demonstrata. Et ea de causa dicitur in dict. l. *si convenit* 6. ff. de resc. vendit. hæc actionem in factum proximam esse actioni ex empto, quia nihil illi deficit præter nomen ad hoc, ut ex empto sit, & actio ex empto debeat appellari. E contrà si nomen speciale illius contractus velit is, qui agere desiderat ex contractu nominato conservare, pura emptionis & venditionis, non potest agere nisi actione empti & venditi, quia postquam nomen retinet, actionem præscriptis verbis, quæ non potest competere nisi ex incerto, & innominato negotio, retinere requirit: subsistere enim non potest ex contractu nominato usus actionis innominatæ. Et hoc dicit Imperator Alexander, dum docet in dict. l. 2. actionem præscriptis verbis, vel ex vendito dari: ad quorum confirmationem sumi potest aptissimum exemplum ex his, quæ de jure gentium & Civili scripsimus supra lib. 2. cap. 2. num. 10. Ex quibus plusquam manifestè apparet, actiones istas non esse tales, ut concurrere possint, sed alterâ subsistente, necesse sit, ut altera tam nulla sit, ac si nunquam orta fuisset. Denique in hac re eodem modo philosophandum est (quo fecimus in contractu innominato) ubi datur actio directa præscriptis verbis, & conditio naturalis, ex *legem* 10. *C. de pact. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. det. l. coin* 6. *C. de jur. dot.* de quibus plura diximus supra cap. 4. num. 2. & seqq. in hoc libro ita ut sicut in conditione naturali creditur nunquam conventionem intervenisse, ut esset actio directa, sed solum traditionem rei: sic etiam in actione præscriptis verbis credendum est, nunquam conventioni, quæ intervenit, nomen speciale impositum fuisse, sed illud negotium remansisse in puris terminis, quibus stebat ante nomen introductionem. Et sic rectissime interpretatus manet Imperator Alexander in dict. *leg. si fundum* 2. *C. de pact. inter empt. & vendit. composit.* Circa quam valde suavis extat (si dici placeat) *Rachov adversus Anton. Fab. in dec. 55. error 8. num. 9.* Quibus apparet etiam in dict. l. *si vir uxori* 12. ff. de præsc. verb. licet datur actio præscriptis verbis, non tamen ex eo colligi non potuisse agi actione ex empto; sed ibi quod difficius erat, licet de actione præsc. verbis Jurisconsultam statuit. Ceterum circa hunc textum varia variè scripta vide apud Anton. Fab. de error. *pr. g. m. dec. 9. error. 9. §. 10. dec. 10. error. 2. & dec. 22. error. 23. & quatuor seqq.* Anton Gomez *tom. 2. variari. resolut. cap. 2. nu. 27.* Andre Gail. lib. 2. *observat. observat. 16.* Tiraquel. de retr. *act. convent. g. obs. 6. in princ.* Covar. *l. b. variari. cap. 8. & trib. seqq.* Fachin. lib. 2. *com. v. cap. 1. & seqq.* & alios quos congerit Osuvald. lib. 1. *comment. Donell. cap. 17. liter. D.* Paul. Castren. *conf. 326.* *Cost. lib. 2. indagation.*

gaion. Forcatul. in *axiom. jur. dial. 21.* Cravet. *conf. 156.* Fab. de Monte *tract. de empt. & vendit. Corral. lib. 3. miscel. c. 9.* & novissimè Guillelm. Mathus *sing. opin. lib. 1. c. 18. n. 6. & seqq.*

6 Nunc testat inquirere, quare in dict. l. *vir uxori*, cum actio, quæ ibi datur, civilis & directa sit, dicatur dari actionem in factum, sicut dicatur etiam in l. *partis* l. *si tibi* 13. *vers. sed si primum l. qui servanda* rum 14. *cum omnib. §. l. permixti* 16 §. 1. l. *si tibi polienda* 22. l. *duo secundum* 23. & *passim hoc tit. de præsc. verb.* cum actio in factum utilis dicatur, & actio præscriptis verbis directa sit; Sed responderi debet, idè in factum dici, quia est actio incerti, seu in id quod interest: quod omnino facti est, l. *sed & si* 26. §. *ut ff. ex quib. caus. major. l. in omni* 2. ff. *de jur. & fact. ignor.* quod quidem interest supra repetitionem rei suæ est, & intelligendum de eo lucro, quod ex conventionione expressum, & directum est; illud enim omnino necessarium est, ut hæc actio de præscriptis verbis exerceri valeat l. *si dominus* 8. in *fin. ff. de præsc. verb.* Ceteræ in factum actiones, quæ utiles appellantur, nihil amplius repetunt præter rem propriam, vel ejus æstimationem: & idè hæc actio præscriptis verbis in multis partibus hujus tituli non dicitur in factum simpliciter, sed in factum civilis, l. 1. in *princ. & §. 1. l. naturalis* 5. in *princ. & §. quod si l. insulam* 6. l. *si tibi* 7. l. *si dominus* 8. l. *ob eam* 9. l. *solem* 15. l. *permixti* 16. l. *si gratuitam* 17. ff. de *præsc. verb.* ut intelligatur non contineri in hac actione solum naturalem suæ repetitionem, sed civilem actionem ad consequendum id, quod sua interest, vel ad lucrum expressum in contractu comprehensum, dict. l. *naturalis* 5. §. 1. *versio. dubium non est & dict. l. si tibi* 7. *dict. tit. de præsc. verb.*

7 Ulterius ex supra dicto num. 4. & 5. lucem accipit text. in l. *is qui* 13. §. *ut ff. commodati*, ubi proponitur, quod si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, an contra eum habeam commodati actionem, Pomponius querit: & antequam decidat questionem propositam, refert dictum Celsi filij dicentis, quod si jussim eum hominem, qui mihi bona fide serviebat, aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præscriptis verbis actione experiri me posse: qua Celsi sententiâ præsuppositâ, hanc consequentiam deducit: *Idem ergo & in commodato erit dicendum*, nempe quod vel commodati actione, vel præscriptis verbis eum potero convenire: quod verissimum esse puto, & provenire ab eodem principio, quo explicuimus supra dict. l. *si fundum* 2. *C. de pact. inter empt. & vendit. composit.* Ex quibus omnibus notanda valde est hæc regula generalis ad intelligentiam omnium legum, quæ passim occurrunt, quibusquæ datur actio præscriptis verbis, cum contractus, à quo proveniat, sit nominatus, veluti emptio & venditio, locatio & conductio, & aliorum, in quibus datur actio propria illius contractus nominati, veluti actio empti, vel actio præscriptis verbis, ut in dict. l. 2. nempe quod ubicumque ex ea conventionione, quæ nomen speciale habet, dicitur actionem præscriptis verbis dari, id intelligendum sit illam dari sumpto illo contractu ex sola conventionione absque nomine ei contractui imposito: non tamen ex eo deducitur, quod si velit actor habere illam conventionem ut nominatam, non possit agere actione illa, quæ nascitur ex eo contractu; & nominatur tunc ipsa actio nomine speciali illius contractus, à quo provenit. Sic singulis speciebus, in quibus occurrerit dari actionem præscriptis verbis, vel ex vendito, locato

&c. unicâ hæc, & elegantissimâ interpretatione satisfier. Ceterum, nulla est species contractus, seu conventionis innominatæ, quæ non possit facile reduci ad quatuor illa genera contractuum innominatorum, (loquor secundum interpretationem sensum nam judicium meum hac de re quæseris, conventionem hanc, *facio, ut des*, reperies non esse contractum, *infra hoc lib. cap. 10.* quæ à Paulo referuntur in dict. l. *naturalis* 5. de *præsc. verb.* licet contrarium doceat vir doctus Josephus Fernandez à Retes lib. 2. *opuscul. sect. 1. cap. 7. num. 1. & seq.* qui coactus fuit id fateri ex eo, quod invenerit multas conventiones, quibus nomen impositum est, ut in dict. l. *vir uxori* 12. ff. de *præsc. verb. l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. l. is qui* 13. §. *ut ff. commodati*, ex quibus datur actio præscriptis verbis, quæ, ut ipse rectè docet ubi proximè, non nascitur nisi ex contractibus innominatis: quam quidem difficultatem omni ex parte solutam dedimus non vulgari subtilitate, cujus ignoracione lapsus fuit etiam Joan. Visslenbechius dum affirmavit non posse omnes contractus innominatos referri ad supradicta genera contractuum innominatorum *disput. 36. num. 6. & 1. seqq.*

Alia species, quæ proponitur in l. *si gratuitam* 8. 17. ff. de *præsc. verb.* referenda est ad genus hoc contractuum innominatorum, *do ut des*: ibi gratuitam habitationem tibi dedi: queritur, an commodati actio danda sit; Ut ea non possit dari; hæc faciunt: licet commodari possunt res corporales; mobiles, & immobiles, si earum sit aliquis usus salva rerum substantia, l. 1. ff. *commodati*; res tamen incorporales commodari non possunt: nam istæ jura sunt, quæ quidem sunt accessiones vel personarum, vel rerum: idè earum non datur commodatum, ne detur accessio accessiois, quod prohibitum est, sicut ne detur fructus fructuum, servitus servitutis, usura usurarum, l. *hæres furiosus* 51. §. 1. ff. de *hæred. petit. l. neque* 15. ff. de *usu. l. 1. ff. de usu. & usufr. legat.* Itaque quæcumque earum, si gratis concedatur, commodatum esse non potest, quia donatio est, l. *in adibus* 9. ff. de *donat.* Concessio verò, quæ gratuita non est, nec concessio quidem est, quia pretium, vel merces accepta, vel res permutata reponitur loco rei concessæ: & non videtur absumptum, quod in corpus patrimonij versum est, ut eleganter Papinianus docet in l. *pater* 23. ff. de *adimend. legat. l. non videtur* 38. *cum duab. sequentibus. ff. de usufr. l. Imperator* 70. §. *ultim. cum duab. ff. sequentibus. Digestis de leg. 3. l. sed etsi* 25. §. *quod autem* 16. ff. de *petit. hæred.* Cujac. lib. 8. *respons. Papin. in l. sed quod* 71. ff. de *legat. 2. & lib. 7. respons. in dict. l. cum pater* 23. ff. de *adimend. legat.* Anton. Fab. lib. 18. *conject. cap. 2.* Habitatio verò cum nequæ jus sit, nequæ res corporalis, ut patet ex l. *ult. ff. cap. minut.* questio est, an gratuita habitatione ad certum tempus data quam illud tempus elapsum fuerit, ad eam repetendam possit agi commodati actione quasi de re corporali, an veto agendum sit negatoria actione quasi de jure, l. *uti frui* 5. ff. *si usufr. petar.* In hac questione Ulpianus refert sententiam Jurisconsulti Viviani affirmantis commodati actione agi debere: eandem sententiam ipse Ulpianus refert in l. 1. ff. *commodati*: Idem verò Ulpianus, cum videat negotium civile contractum fuisse, nempe, *do ut des habitandas, ut eas mihi reddas post certum tempus*, ait tutius esse agere actione præscriptis verbis ex contractu incerto: itaque non solum quando certum est actionem certam deficere; sed etiam cum dubium

dubium sit, ad incertam præscriptis verbis actionem recurrendum est, ut in l. 1. l. naturalis §. ult. ff. de præsc. verb. l. si convenerit 23. ff. comm. divid. di. l. is qui 13. §. ult. ff. commodati di. l. si fundum 2. C. de pact. inter empt. & vendit. compos. idque significat verbum illud, tutius, de quo vide quæ scripti supra lib. 1. cap. 7. num. 12. Cum enim certum sit omni contractui etiam certo conventionem inesse, ex qua licet non nominetur, danda actio sit, & ea præscriptis verbis debeat esse; merito dicitur tutius esse ad hanc actionem ire, cum ea non possit deficere, ubicumque præcesserit conventio. Cæterum dabitari potest, an conventio illa talem qualitatem habeat ut sufficiens sit ad constituendum contractum certum; non tamen poterit dubitari, illam satis efficacem esse ad producendum contractum absolute: itaque cum hæc actio præscriptis verbis detur ubicumque contractum esse verificari possit; merito ad actionem præscriptis verbis, quæ non potest deficere, & quæ tutiorem exitum habet, confugimus: & melius sic intelligitur, & interpretatur hic textus, quam eo modo, quo à Nicolao Bellono lib. 2. suppat. cap. 13. & à Forcatulo dial. 46. num. 9. explicatur.

Eodem capite descendit species text. di. l. 7. §. si margarita ff. de præsc. verb. ubi queritur, an contra te agam, & quæ actio ad agendum mihi danda sit, si tibi margarita æstimata dedero, id est certo pretio designata, ut in princ. d. l. & antequam ea vendideris apud te fortuito casu perierint? Et ut utriusque propositioni satisfaciat Consultus, hoc modo distinguit: si te rogavi, ut margarita acciperes, periculo me perierunt margarita: itaque nullâ actione te convenire poterò: si tu rogastime, tuo periculo perierunt: itaque tecum agere poterò Paul. lib. 2. sent. tit. 4. §. sententiâ ultima: hæc, si quod rogatum est, præstitum fuerit. Quid tamen erit dicendum, si neuter rogavit, sed conventio præcessit mutua, teneri te hætenus, ut dolum, & culpam præstet; quia æstimata data fuerunt margarita: aliâs ubi res non æstimata datur ultra utilitatem dantis & accipientis de præstationibus non queritur, l. si ut certo §. nunc videndum 11. & seqq. ff. commodati l. si servus 108. §. cum quid 12. ff. de legat. 1. quod & demonstratur ex hac l. 17. §. Papinianus 2. ibi: Sive utriusque & dolum, & culpam mihi præstandam esse dico propter utilitatem. Quando verò res æstimata data est, absque simili distinctione, qui eam accipit, periculum præstat, quasi ex conventionem: nam is, qui dedit, æstimatione videtur, periculum à se avertere exemplo emptionis & venditionis, l. 1. §. ult. ff. de æstim. actio. Hæc tamen l. 1. §. ult. intelligi debet ex di. §. si margarita, ne aliter interpretato eo omne periculum omni in casu faciamus accipientis. Æstimatio non est vera venditio, sed imaginaria, quæ nihil juris habet; & exemplo emptionis, & venditionis aliquid capit tunc, quando pretium sequutum fuerit: itaque quemadmodum in emptione vera omnino mercem sibi emptor accipit: sic qui eam æstimatam accipit: & ea de causa distinguenda est, quis rogaverit, vel eorum causa æstimata data sit margarita, dantis, an accipientis; ut periculum decidatur, cuius sit. Æstimatio non statim facit negotium simile emptioni, & venditioni: nam si statim faceret, non tam simile esset, quam idem: sed tunc demum simile facit cum pretium naturaliter intervenit: & tunc æstimatio vera eo casu, quo neque vera emptio, & venditio est, quia de ea non constitit ab initio, l. pteriusque 10. ff. de jur. dot. Unde his suppositis respondet Consultus actionem præscriptis

verbis dandam esse, ratione illa quam dedimus, quia etsi postea æstimatio vera in vero & certo pretio accesserit, non sit proprie vera venditio, quia non ab initio constitit: ergo erit species quædam venditionis: & in eo sensu dicitur in d. §. si ante: & sit vera venditio, ac per consequens contractus incertus.

In di. l. 17. §. Papinianus aliâs, si rem tibi 2. 10 est alia species; quæ ad principium supradictum referenda est: ubi verò distinguit Papinianus, non posse me tecum furti agere, si ignorem ubi extet res, quam tibi inspiciendam dedit: si verò scierim apud te esse, quod possim actione furti tecum agere. Quibus mihi videtur, quæstionem de facto Papinianum decidere, an possim probare furtum te fecisse; & eam regulam respicit hæc decisio, qua solemus dicere frustra jus nobis non deficere, si probatio deficiat, l. idem §. ult. ff. de rei vindic. l. duo sunt 30. ff. de testam. tutel. l. si quis 3. l. si duobus 7. ff. de adimend. legat. l. si fuerit 10. ff. de reb. dub. l. quidam 32. l. si quis uxori 52. §. ult. aliâs si quis ex dono ff. de furt. l. rem mihi 21. ff. commodati, nam etsi nescierim apud te esse rem furatam, vel scierim apud te esse, non minus verum sit te furtum fecisse, & me habere contra te furti actionem, l. contrahitur 4. ff. de pignor. l. naturalis §. §. gallinarum pen. ff. de acquir. rer. dom. ibi: longius evolaverint, ut ignoremus ubi sunt; tamen nihilominus in nostro dominio tenentur: qua de causa furti nobis tenetur, qui quid eorum lucrandi animo apprehenderit, cum furtum omnino consistat ex animo, & contrectatione fraudulosa furis, l. possideri 3. §. si rem 18. ff. de acquir. possess. l. 1. ff. de distract. pignor. l. verum 25. §. ult. ff. de furt. §. placuit 7. inst. de obligat. quæ ex delict. nasc. l. furtum 33. ff. de usucap. Cæterum ex eo, quod Papinianus dicat, tunc demum mihi dari actionem præscriptis verbis, si ignorem ubi res sit, manifestè denotat actionem præscriptis verbis non concurrere cum actione furti sed actioni furti subsidiariam esse tantum præscriptis verbis actionem.

Hoc præsupposito valde elegans interrogatio erit, quare in contractibus nominatis non fiat talis distinctio, si scierim rem furatam apud te esse, vel quare & si ignoraverim ubi sit, tecum agere poterò actione illa contractus, cujus causa habuisti rem meam, quæ furata est: nam contractus est furti simul, vel depositi, vel locati. vel commodati tecum agere me posse, l. qui furtum 16. ff. de cond. furt. l. si sacculum 29. ff. depositi l. si locatum 42. l. si domum 45. §. 1. ff. locati l. qui servum 34. §. 1. ff. de obligat. & action. l. si is cui 71. ff. de furt. Sed responsio brevis est, quia certa actio non cedit certæ actioni: incerta verò cedit certæ: actio itidem furti non minus certa est, quam actiones ex contractibus certis provenientes, habet enim vulgare, & usitatum nomen: actio verò præscriptis verbis incerta est: & hoc significavit Papinianus in l. 1. ff. de præsc. verb. ibi: Quod nunquam cessantibus iudiciis proditis, & vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus descendamus ad eas, quæ in factum appellantur: nam ut Celsus in l. seq. ait, cum deficiant vulgaris, atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est: ergo si non deficiant vulgaris nomina actionum, non est agendum actione præscriptis verbis. Ex quibus etiam magis ac magis elucet quod supra hoc lib. 4. tradidimus, actiones utiles non concurrere cura suis directis, aut interdita cum actionibus.

Nunc alia quæstio occurrit in di. §. Papinianus, 12 an sola inficiatione, id est ex eo solo quod dicas te perdidisse

perdidisse rem quam accepisti, furtum committas, ut in eo quod debes, & possides: an verò non ante furtum à te factum esse videatur, quam ut in deposito à te res contrectetur, l. certi 9. §. ult. cum l. seq. ff. de reb. cred. l. denique 8. §. his conse. venter §. ff. de pecul. legat. l. 1. §. 1. l. inficiando 67. ff. de furt. di. l. possideri 3. §. si rem, ff. de acquir. possess. Hæc tamen quæstio deciditur ex distinctione, quæ sequitur apud Papinianum: nam sive tua solius causa, sive utriusque nostrum inspiciendum dederim: itaque utilitas, quam percipis, contrectationis causam, & etiam lucri faciendi consumit: & ideo furtum non facis ex sola inficiatione: unde ex ea parte, quæ tuæ utilitatis gratiâ apud me res erat, non finit, ut hoc modo furtum fiat, sed ut dolum, & culpam ego præstem; quia in utilitate tecum concuro, quando utriusque gratia rem mihi dediti: ergo in eo casu, quo tota utilitas tua est, neque furtum erit, neque aliquid quidquam præter dolum præstabo, quia id genus contractus propè depositum est, & eadem præstationes habet quam verum depositum, ut demonstravimus supra hoc lib. cap. 4. num. 20. & seqq. Denique §. si cum unum & seq. faciles sunt per se, & primus §. ex §. præterea 2. instit. locat. & conduct.

Circa §. si quis sponsonis ult. di. l. 17. vide Doctorem Josephum Fernandez à Retes lib. 2. opin. secul. sect. 1. cap. 7. num. 6. qui eruditissimè variis hinc inde congestis bonarum literarum testimoniis, quomodo in certamine honesto sponsones fierent, docet: nos eidem addemus jura, quibus decisionem §. in dubium semel revocemus: & deinde servato recto sensu, eam explicemus. Duo ibi contendebant ex honesta causa, & sponsonis gratia, id est, singuli annulos dederunt alicui ea lege, ut ei, qui victor ex certamine exiisset, utrumque annulum redderet: unus eorum victor exiit, cui reddere annulos noluit is, cui ad hunc tantum finem dati erant: queritur, quæ actio victori danda sit adversus eum? nam depositi actio esse non potest, quæ in deposito non transfertur possessio, l. officium 9. ff. de rei vindicat. l. nam 4. ff. ad exhibendum. l. si quis ante 10. §. 1. ff. de acquir. possess. Etiam in deposito res deposita ipsi deponenti, non alij reddenda est, l. quod servus 11. l. bona fides 31. ff. de depositi, & in hoc §. conventio fuit; ut annuli utrique redderentur victori. Reprobat in hac specie Ulpianus Sabini sententiam, qui dicebat condici posse conditionem furtiva, & actione furti petere annulos ab eo, cui dati fuerant. Ratio Sabini fortè ea fuit, quod id, quod in hoc §. actum sit aliquid amplius, quam depositum sit; & major hæc custodia, quam illa, quæ in deposito exigitur: itaque videbatur post dationem nullâ contrectatione opus esse ad committendum furtum: in deposito verò contrectatio necessaria est, ut furtum fiat. Ratio differentie est, quia hic aliter, ac in deposito transfertur possessio in custodem annulorum: quod si ita esset, excluderetur quoque actio præscriptis verbis, quia hæc cessat, ubi furti actio est, ut dixi supra hoc cap. num. 11. Sed hanc opinionem refutat Ulpianus his verbis: Quomodo enim rei nomine, cujus neque possessionem, neque dominium victor habuit, agit furti? Denique agit furti actione is cujus interest, l. cuius 10. ff. de furt. interesse autem solum potest dominij, vel usus, possessionisve nomine; quia earum tantum rerum furtum fieri potest, l. 1. l. itaque 12. l. si is cui 71. §. 1. l. si vendidero 92. ff. de furt. ac in hac specie victor nec dominium, Hieron. Oroz. de Apicib. Iur. Civil.

nec usam, nec possessionem annuli ab altero, quæ cum eo contendebat, habuit: unde præcisè actionem præscriptis verbis dandam esse rectè ait. Nunc qui dicendum sit, si ex inhonesta causa sponso facta fuerit, queri potest. Et respondendum est in eo casu victorem non agere hac actione, neque ulla alia; sed utrique sui annuli nomine repetitionem futuram esse, id est conditionem naturalem, ut dati sine causa; quia non justa causa ad custodem pervenit, l. 1. §. ult. ff. de cond. sine cau. non verò reperet conditione ob turpem causam, quia nulla turpis causa accipientis fuit. Neque obstat dicere cum Paulo in l. ubi 3. ff. de cond. ob turp. cau. quod cesset repetitio, ubi accipientis simul & dantis turpitudine versatur: nam hic tunc solum procedit, quando alter possidet: sed hic neuter eorum, qui contendebant, possidebat: itaque custos, qui nullâ causâ annulos potest retinere, omnino reddere debet. Species l. seq. facilis est, de qua vide Doctorem Josephum Fernandez à Retes di. l. sect. 1. num. 12. cap. 3.

CAPUT VIII.

Explicatur Text. in l. rogasti 19. & aliæ Leges ff. de præsc. verb. in quibus continentur species, do ut des.

SUMMARIUM.

- Hujus l. species preponitur, & variis legibus uxor, natur. In mutuo receptum est, ut sine reali pecunia traditione constitatur. Postea etiam receptum fuit l. §. de rebus credit. l. 34. mandati, ut fieret mutuum delegatione. De fictioe brevis manus, & unde ea causam sumperit, traditur. An in d. l. 19. de præsc. verb. fictio hac brevis manus fingi possit.
- Africani sententiâ d. l. 19. contraria refertur in d. l. 14. mandati. Quod magno negotio recipitur, non est producendum ad consequentias. Nullum mutuum constituitur, ubi ex meo non fit mutuum. Ulpiani denique sententiâ ut equior admissa est. Quod per se possum erga alium non possum erga te ipsum. Plurima juris loca sunt, quæ ex differentia Consultorum temporum, quibus floruerunt, interpretantur. Quare nota posteriorum Consultorum ad priores Consultos admittantur? Nihil à principio tam perfectè notum, ut sine mutatione postea fervetur. Sicut cetera res, etiam paulatim jus crescit.
- Quæ sit quæstio Ulpiani in d. l. 19. de præsc. verb. ostenditur. Mutuum non perficitur ex voluntate mutuantis, sed tradit one pecunie opus est. Mandatum nunquam potest contrahi mandatarij tantum gratiâ. Quid in d. l. 19. intersit, an mandatum sit, an mutuum docitur. Ex mutuo nisi interveniat stipulatio usura non debentur.

- 4 An in d. l. 19. & in d. l. 11. de reb. cred. mutuum fiat, si pecunia non utatur.
Verbal. l. 22. §. 27. ff. de hered. petit. ponderantur.
Quid sibi Ulpianus velit in dict. l. 19. & dict. l. 11. demonstratur.
- 5 Ad ipsum contractum, do ut des, referenda est l. 20. de præsc. verb.
Nemo lucrum facere debet ex re aliena sine domini voluntate.
In certaminibus desultoriis fuisse quadam præmia victoris, ostenditur.
Ex sententia l. 12 tab. l. 48. de re judic. l. 1. C. de Athlet. l. pen. C. quæ res pign. dari poss. superiora probantur.
Ex variorum testimonijs probatur quis verè desultor sit.
Equis desultorijs Indos, & Numidas usos fuisse traditur.
Argumentum contra dict. l. 20. sit ex l. 13. §. 1. commodati.
- 6 Text. in l. 24. de præsc. verb. refertur ad contractum, do ut des, eaque explicatur.
Redditi pecunie nihil aliud est, quàm usura?
Pecunia reddit ex fenore, quod prædia ex locatione.
Fenus nihil aliud est, quàm quasi locatio pecunie.
In quibusdam locis Horatij quid significent, quinque mercedes, docetur.
- 7 Qua actione in d. l. 24. debeantur semisses usurae, & n. seqq. præcipiend. n. 9.
In mutuo non veniunt usurae ex natura mutui.
Stricta sunt iudicia omnia, in quibus certum petitur.
Æquum, & bonum incertum est, & arbitrio iudicis redditur certum.
Pacta conventa in continentia adjecta non insunt ex parte actoris.
Pactum de usuris absque stipulatione pro nudo pacto habetur, & quare.
Redditur apertus sensus verbi. verum in proposito, d. l. 24.
Mandatum bonæ fidei contractum esse, & in d. l. 24. non intervenisse docetur.
Omnes contractus ab initio conventionis constituuntur, non ex postfacto.
Quando indeposito præstentur usurae demonstrantur.
- 8 An in d. l. 24. probari possit negotium illud mandatum esse.
Depositi fines ingredi contrahentibus licet, mandati verò nequaquam.
Quæ contra rationem juris inducantur, non debent progredi in consequentias.
Quid in deposito primum, quid posterius receptum fuerit, ostenditur.
Explicatur l. 24. de positi.
Mandatum, vel gratuitum esse debet, vel non est mandatum.
Regulariter ab initio statui debet de forma cuiuscumque contractus.
Mutuum nec in d. l. 24. probatur ex verbi. sed nè ipsius qui dem.
Dominium, & omne periculum in mutuum accipientem transfertur.
- 9 Mutuo non videri superiora, repugnans arguitur, simulque dissolvitur.

- In numerationibus pecunie omnia censerè possunt ut in stipulationibus.
Conditioni ceteri ex mutuo nihil addi nihil detrahè potest ex postfacto.
Præscriptis verbis actio quaslibet alias actiones bonæ fidei comprehendit.
Præscriptis verbis actiones omnes bonæ fidei esse, remissivè demonstrantur.
- 10 Ad genus contractuum, do, ut des, refertur species, l. 25. de præsc. verb.
Quare in dict. l. concipiatur questio circa operas fabriles.
Officiales operæ patronis solis tanquàm patronis debentur.
Officiales operas per patronum locari non posse ostenditur.
Quare in l. 11. 6. de reg. jur. dicatur non esse locupletiores, qui libertum acquisierunt.
Eadem explicatione intelligantur, l. 1. l. 6. l. 10. C. de oper. libert.
Officiales operæ natura potius, quàm jure civili debentur.
Quare in d. l. ult. & l. 2. de reb. cred. commodati actio datur?
An in d. l. ultim. mutuum sit, quando proscypthis tantundem pondus redditur.
Non est idem genus scyphorum, ac tantundem ponderis argenti rudis.
Tangitur l. 1. §. 1. l. 9. 19. de aur. argent. legat.
Quare in d. l. ult. datur actio præsc. verb.
- 11 Quæritur quis contractus intervenit in d. l. 25. & non esse locationem docetur.
Locationis merces præcisè debet esse in pecunia numerata.
Mutuum esse potest omnium rerum, quæ pondere numero, & mensurâ continentur.
Operæ servorum numero continentur, l. 15. §. 1. ff. de oper. libert. & l. 54. §. 1. ff. de verb. obli.
Quare in d. l. 25. vice mutua operas datas fuisse dicatur?
Eorum, quæ consistunt pondere, numero, & mensurâ, nulla obligatio est sine adjecctione numeri, &c.
Arguitur in d. l. 25. mutuum intervenisse.
- 12 Ratio, quare mutuum non sit, redditur in versic. quod autem, d. l. 25.
In mutuo idem genus pro eodem genere dari debet, l. 2. de reb. cred. l. 35. §. 3. & sequen. de contr. empt.
Quare operas restituendo non reddatur idem genus pro eodem genere.
Quod restituitur, ejusdem bonitatis debet esse, ac quod accipitur, l. 3. de reb. cred.
Ratio decidendi propria ad l. 34. de oper. libert. traditur.
Ex superioribus deducitur in l. 25. de præsc. verb. rectè dari actionem præscriptis verbis.
- 13 Adducitur objectio quadam, quam remouet Consultus in dict. l. 25.
Conventiones omnes præveniunt à jure gentium, non omnes pariunt actionem.
Explicatur l. 1. de pact. l. 1. de pecun. const. l. 1. locari.
Si jus gentium non divisisset dominia, nulla conventio juris naturalis efficax esset.
Explicatur l. 84. §. 1. de regul. jur. l. 1. de reb. cred. l. 47. de cond. deb.
Obiter tangitur l. 25. §. 1. de oblig. & act. & l. 25. de action. rer. amotar. explicatur.
Quare in d. l. 25. de præsc. verb. conditio juris nativ. ali tribuatur?
Quare in l. 46. de obligat. & action. l. 12. l. 14. de reb. cred. tribuatur actio juris naturali?
Furijs

- Furijs nulla voluntas est, & idèd contrahere non posse traditur.
- 14 Quare opera semel soluta repeti non possunt?
Repetitio ejusdem rei, vel ejus estimationis debet esse l. 7. de cond. indeb.
Quare in dict. l. 25. de præsc. verb. opera vicissim præstentur?
dict. l. 25. supplenda est ex l. 26. §. 12. de cond. indeb.
Pecunia est genus omnium rerum, quæ sunt in patrimonio nostro.
Objectioni cuidam, quæ sit ex pecunia ad operas, respondetur.
Explicatur l. 1. §. ult. l. 16. de furt.
Ad genus contractuum, do, ut des, refertur l. ult. de præsc. verb.
Verbum dare absolute dominium transferri significat.
Dare sub pacto, ut idem reddatur, non est transferre dominium.
Quare in d. l. ult. & l. 2. de reb. cred. commodati actio datur?
An in d. l. ultim. mutuum sit, quando proscypthis tantundem pondus redditur.
Non est idem genus scyphorum, ac tantundem ponderis argenti rudis.
Tangitur l. 1. §. 1. l. 9. 19. de aur. argent. legat.
Quare in d. l. ult. datur actio præsc. verb.

Hujus l. species hæc est: rogasti à me mutuum pecuniam, cum eam in numerato non haberem, redi tibi rem vendendam, ut post venditam ejus pretio utereris: si rem vendidisti, & pecunia, quam ex venditione psumpsisti, ut mutua usus fuisset, mutua erit, quia quadam fictione videtur pecunia dari à te, qui vendidisti meo nomine, ad me pervenisse, & iterum de me ad te eandem translata fuisse, l. rogasti. ff. de reb. cred. uti vult Doctor Josephus Hernandez à Retes dict. lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 1. num. 6. quod etiam probat text. in l. si quis 3. ff. ad S. C. Macedon. litem 7. §. mutui 3. dicitur. Itaque hoc singulariter in mutuo receptum fuit, ut sine reali, & nova traditione constituatur. Id etiam ita receptum fuit, ut mutuum delegatione fieret, l. singularia 15. ff. de reb. cred. l. qui negotia 34. versic. item quod si ff. mandati, qui modus constituendi mutui dedit etiam causam, ut ad alios modos constituendi illud absque reali traditione extenderetur per illam fictionem brevis manus, de qua agitur in l. liber 43. §. 1. ff. de jur. dot. l. hæc ratio 3. §. sed si debitorem 12 ff. de donat. inter vir. & uxor. l. qua ratione 9. §. interdum 5. ff. de acquir. rer. dom. §. interdum 45. in l. de ver. divis. Anton Fab. in r. r. ian. ad l. qui se debere 7. ff. de cond. cau. dat. cau. non fecit. lib. 7. conject. cap. 11. & lib. 8. conject. cap. 8. Duaren. ad tit. de cond. cau. dat. cau. non fecit. cap. 1. Donel. lib. 14. comm. jur. civil. cap. 20. Oñvald. ibid. litem. D. & alij, quos refert Doctor Retes dict. num. & seqq. Et idèd ea fictio facile potest etiam induci, tum inter dominum, & procuratorem, tum etiam in specie d. l. rogasti: nam postquam rem tibi à me ex mutui causa vendendam. dari vendidisti, & pretium recepisti; nihil obstat, quominus fingamus id quod ad mutuum perficendum superest. te mihi dedisse, & tunc me tibi: hæc ita ex Ulpiano in dicit. loc.
Africanus verò juris stricti tenacissimus Consultus hæc singularia, quæ in mutuo recepimus, non Africanus. Oroz. de Apicib. Iur. Civil.

luit admittere in dict. l. qui negotia, & si admittat fictionem illam brevis manus inter te debitorem cum noluit tamen eam extendere ad hanc speciem; quia ea fictio in dictis casibus contra juris rigorem recepta est benignè, quæ non est producenda ad consequentias, l. quod verò 14. cum seqq. ff. de legat. 1. l. fideicommissaria 23. §. pen. ff. de fideic. libertat. alioquin, (ut ipse Jurisconsultus ait) dicendum ex omni contractus nuda pactione pecuniam creditam fieri posse, quod ei videretur non esse ferendum in dicta specie, quia pecunia ex venditione rei meæ reducta non sit mea, ex qua de meo mutuo fieri possit: quod omnino necessarium est in mutuo constituendo l. si ego 24. ff. de negot. gest. l. res ex mandato 59. ff. de acquir. rer. dom. Paul. lib. 2. sent. tit. 17. sentent. fundus. Ulpiani verò quasi recentioris sententia, ut æquior. recepta postea fuit; eadem benignitate, qua jam tempore Africani receptum erat, ut per me videaris accipere id, quod mandato meo per debitorem meum accepisses dict. §. sed. si debitorem l. ut mihi 21. ff. de donat. l. mortis causa 18. ff. de mort. cau. donat. l. qui mandat. 56. l. quod libet 87. ff. de solut. l. is autem 5. §. quod si quis 3. ff. de administrat. l. si procurator. 6. ff. de cond. indet. ut ex Cujacio rectè sentit Doctor Retes aliorum hæc de re subtilitates parvi pendens dicit. cap. num. 9. in fin. Neque videtur magnum absurdum esse, ut quod per te possum erga alium, id ipsum non possim erga te ipsum, facit l. negotia 31. ff. mandati l. si emptori 30. ff. de eviction. l. tum in fundo 78. §. uxor. viro 3. ff. de jur. dot. Itaque Africanus in dict. l. qui negotia 34. ff. mandati, & Ulpianus in dict. l. rogasti 19. de præsc. verb. & l. rogasti 11. ff. de reb. cred. (ut & alij plurimi Jurisconsulti in alijs locis innumeris) conciliandi sunt ex observatione temporum, quibus floverunt: nam Africanus ætate major fuit Ulpiano. Posteriores itaque Jurisconsulti non potuerunt statuere ea, quæ priores suo interpretandi munere scripserunt: non contra priores potuerunt ea: quæ multò post eorum tempora posteriores statuerunt: & idèd in conciliandis legibus valdè necessarium est observare discrimen ætatum Jurisconsultorum: ut Quintilianus monet lib. 7. orator. cap. 7. ibi: In quibus non potest esse alia questio, quàm temporis, utra prior sit: aut qualitatis utra justior sit petitio &c. nam alioquin sine ulla ratione à nobis admittentur notæ posteriorum ad priores Jurisconsultos adhibita, ut in l. cum quidam 24. ff. de legat. 2. l. si quid bello 28. l. ult. ff. de captiv. & postlim. revert. l. quo enim 12. ff. rem ratam haberi l. si quis rem 30. ff. de recept. arbit. l. juris gentium 7. ff. de pact. & passim in jure hoc genus notarum reperies, quia non uno instanti, id est à principio omnia rectè scripta fuerunt, ita ut sine mutatione observarentur, Trebatium enim à Labeone reprehensum fuisse in l. possideri 3. §. ex contrario 5. ff. de acquir. possess. Sabinum ab Ulpiano in l. gratiam 17. §. ult. ff. de præsc. verb. Labeonem à Paulo in l. si debitor 9. ff. de solut. & in l. ult. ff. de acceptilat. reperies scriptum: & hoc vitio naturæ contingit, nam sicut cæteræ res, jus etiam paulatim crescit, l. questum 12. §. sed si fundus 15. ff. de instr. vel instr. legat. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 1. princ. 8. illat. 26. aliter conciliat dictos textus D. D. Melchior de Valentia illustr. tract. 3. cap. 11. num. 13.

Sed questio Ulpiani in dict. l. rogasti est, quod non vendidisti rem, quam tibi vendendam dedi, ita ut ejus pretio post venditionem mutuo utereris, vel et si vendideris, pecuniam tamen in mutuum non accepisti: & hæc specie præsupposita

posita querit consultus, quæ actio danda sit mihi contra te, an manui, an verò præscriptis verbis? Quod non possit dari actio ex mutuo id facit, nempe quia hoc negotium longè abest à mutuo: Mutuum enim non perficitur ex sola voluntate, aut pacto mutuandi, ut rectè Africanus tradit, in dicta leg. qui negotia 34. ff. mandati, nisi re vera accepta, datæque sit mutua pecunia, l. mutuum 2. §. mutui 1. ff. de rebus credit. junctæ l. qui pecuniam 3. eodem titul. l. potior 11. ff. qui potior. in pign. habeant. l. si quis 3. §. ultim. l. sequent. ff. ad S. C. Macedon. l. si debitor 47. §. 1. ff. de fidejussor. Non est etiam mandatum negotium illud, quod contractum fuit, in dict. leg. rogasti, non solum eâ ratione, quam tradit Doctor Retes supradiet. loc. num. 10. nempè quod non eo animo, ut mutuum fieret inter contrahentes convenerit, & mandatum non contrahatur absque animo mandandi, l. si margarita 44. ff. pro socio. sed etiam ex ea præcipue, quod in dicta specie omne negotium vertitur in utilitatem solius accipientis: & nunquam mandatum contrahitur mandatarij tantum gratiâ; princip. institui. verficul. & p. tua de man. l. mandatum 2. §. ultim. ff. mandati. l. cum pater 77. §. mando 2. ff. de legat. 2. Donell. libro 13. comment. juris civilis cap. 10. Cæterum in dict. l. rogasti, multum interest, an mandatum sit, an mutuum propter usuras: Nam ex causa mutui, nisi intercedat stipulatio, non debentur usuræ: Ex causa verò mandati debentur, l. si pro parte §. utram 5. ff. de in rem versis. l. idemque 10. §. si quis Titio 4. ff. mandati, l. Lucius Titius 24. l. Publius Mævia 26. ff. de positi, l. cum quidam 17. §. ex locato 4. ff. de usur. l. initio 5. C. de pact. inter empt. & vendit. init. l. si ventri 24. §. in bonis 2. ff. de rebus auct. judic. possid. postquam non agitur de usuris, vide infra hoc cap. num. 7. Cujac. lib. 3. respons. Papinian. in dict. l. idemque dict. §. 4. ff. mandati. & lib. 9. quest. Papin. in d. l. 24. ff. de positi. Quæ disputatio tunc solum tenet, quando verè acceptum vendidit, & pretio usus fuit ei, qui mutuum pecuniam in hac l. 19. rogaverat.

Si verò usus non fuerit pecunia, eritne hoc negotium tale, ut mutuum sit? in dict. l. rogasti 11. ff. de rebus credit. Ulpianus ait. Si vendideris, puto pecuniam mutuam factam: Hujus ratio illa potest esse, quia pecunias eas is, cui res vendenda data est, vel exegit ab emptore, vel exigere potest, quod idem est, l. item veniunt 20. §. redacta 15. ff. de hered. petit. l. sicut 8. §. si debitor vendideris 12. ff. quibus modis pign. vel. hypoth. solvit. In hoc verò textu amplius exigit Consultus, ut mutuum sit, ibi: Si vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti. tutius est agere præscriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprij contractus. Itaque quod ab ipso dictum, & affirmatum est, in d. l. rogasti 11. aperte negatur, & contradicitur in hac leg. rogasti 19. & in dict. l. item veniunt §. ait. senatus 17. ubi dum dicit senatui placere, satis ostenditur pecuniam nondum exactam, non omnino pro exacta haberi, eo quod bonæ fidei possessor liberetur, si suas actiones tantum præterat, & cedat. ibi: Sed ubi habet actionem, suscipiet eum actiones præstare. Obstatne sibi ipsi Consultus: Nimirè: Utrobique enim vult, ut pecuniam accepta tantum mutuum constituat: Ergo utrobique mutuum erit: Sed hoc negatur in dict. l. 19. dum datur actio præscriptis verbis, quæ non daretur, si esset actio certa, ut dixi supra cap. 7. num. 11. quod ergo sibi vult utrobique Ulpianus? Hoc unum, ni fallor, quod sicut in dict. l. 19. dicitur, ni-

hil interesse ad mutuum constituendum inter mutuum ipsum, & rem mutui causa venditam: Eo casu, quo ex ea re pecunia reddita est, & in mutuum accepta, tutius ea ipsa ratione dici, in dict. leg. 11. nihil interesse venditionem factam proponere, vel pecuniam ex causa venditionis sumptam, quasi cerrè eam accepturus sit, qui vendidit: Et cum ibi dicat: Si vendideris, nobis intelligendum esse etiam possessionem, vel pecuniam ex ea causa traditam, & exactam mutuo acceptam fuisse, ut etiam multis aliis locis supponitur, sicut fit in tit. de publician. in rem action. & tit. pro empt. l. communis 42. §. 1. ff. de acquir. possess. l. procurator 5. §. sed si duo 10. ff. de tribut. action. dict. l. item veniunt §. redacta ff. de hered. petit. dict. l. sicut 8. §. si debitor vendideris: l. alieno 31. §. ultim. l. Thais 41. §. Lucia Titia 5. ff. de fidejussor. libertat. Itaque in dictis legibus rem præsupponit, quam apertius in dict. l. rogasti 19. postea declaravit dicens, quod nisi pecunia ex causa venditionis accipiatur, & pro mutuo habita sit, tanquam à me, qui mutui causâ rem dedi, numerata sit, pro mutuo non esse habendum, ut in l. cum servus 39. §. si Titius 2. l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. ff. de legat. 1. l. si quis hac legem 41. l. Titio 72. ff. de rei vindicat. l. sed & si 25. §. 1. ff. de usur. l. cum qui 14. ff. de furt. l. qui rem 3. C. de eviction. Unde, quia in hac specie negotium contractum esse videtur, quod mutuum esse non potest, quia vel non vendidisti rem, vel & si vendidisti, pretium non accepisti in mutuum; rectè ait Jurisconsultus tutius esse præscriptis verbis agere, quæ diximus supra cap. 7. num. 8.

Ad eundem contractum do, ut des referenda est etiam species text. in l. apud Labronum 20. ff. de præscript. verb. ubi proponitur, quod cum ego equos venales haberem, & tu eos emere velles, tibi experiundus dedi ea lege, ut videres, & intra triduum statueres de his emendis, vel reddendis: experius ei defultorem agens, & currens in sacro certamine, id est in circo, ubi vicisti: nunc post triduum non vis emere, neque reddis quæstum, quem fecisti vincendo, quemque omnino debes: quæritur, quæ actione possim à te avocare quæstum, quem fecisti: constat enim te illum reddere debere ex eo, quod nemo lucrum facere debet ex te aliena, l. Julianus 17. §. 1. vers. sed & fructus ff. de rei vindicat. l. si pignore 54. ff. de furt. l. idemque 10. §. si procurator 3. ff. mandati, l. si inter 21. §. ultim. ff. de pign. Donell. lib. 20. comm. jur. civil. cap. 5. Olivaud. lib. 26. comm. Donel. cap. 8. liter. B. Cujac. lib. 6. quest. Papin. in l. vulgo 2. ff. de usur. In his certaminibus quædam præmia eorum, qui vincebant, fuisse ostenditur ex l. 12. tabul. in his verbis: Qui coronam peperit ipse pecuniâve ejus, virtutis ergo arguitur ipsi mortuo parentibusque ejus dum intus positus erit, forisque feretur, sine fraude imposita esto. Deinde probatur etiam ex l. commodis 40. Digest. de re judicat. l. 1. C. de Athletis l. spem 5. C. quæ res pign. dari poss. vide Gothofred. dict. in loc. Defultor, uti ipse Gothofredus tradit, in dict. l. apud Labronem, dicitur ille, qui duos equos absque aphippiis agitans ex altero in alterum mirâ celeritate defliebat: In hujus testimonium adducit Elianum lib. 2. de acieb. instruent. Suetonium Tranquillum in Cesare cap. 39. Plinium lib. 4. cap. 5. Varro nem lib. 2. de re rustic. cap. 7. præter dictos etiam Livius lib. 3. dec. 3. loquens de Numidibus hæc ait: Nec omnes Numida in dextro locari eorum, sed quibus defultorem

in modum binos trabentibus equos inter acerrimam pugnam in recentem equum ex fesso transulare motus erat: Item lib. 5. dec. 4. Numida adequitare deinde refugere, sed proprius saltu paulatim evehit. Hujusmodi equis defultoriis utebantur Indi. Herodot. lib. 7. Alexand. ab Alex. dior. genial. lib. 2. cap. 31. apud Tiraquell fol. 9. 10. ibi: Numida, & Massesylis, inquit, effrenatis equis, & sine ephyppis mirabili velocitate; ita ut modo citato agmine fugiant, modò insequuntur mira ad cavendum solertia, nonnunquam binos irahentes defultorios equos, ita ut inter pugandum ex fesso in recentem armati confestim transcendebant. Cicero pro Murena. ibi: Respondeo igitur Posthumio primum, qui nescio quo pacto mihi videatur prætoris conditione in consularem, quasi defultorius: in quadrigarum curriculum incurvere. Hyginus de fabulis cap. 8. Unde etiam Romani servani institutum cum defultorem mittunt, unus equos habet, pileum in capite ex equo in equum translit, ex his Ovidium 1. amor. eleg. 3. ibi.

Non mihi millo placent, non sum defertor amoris.

Tu mihi, si qua fides, cura perennis erit.

Emendat Thom. Demit. antiqu. Roman. lib. 5. cap. 4. Ubi plura scribitur scribit, & pro defertor amoris, defultor reponit, quod etiam facit Ludov. Carriolib. 2. emend. cap. 1. Vide Donat. ad Tranquil. in Cesare, uti ad propositum refert versus Manilij, quos etiam refert Demost. Forcat in suo cupid. jurisprud. cap. 10. num. 8. Redeamus ad Pomponium: ille in l. is qui 13. §. 1. ff. commodati, in simili casu quæstum restitutum esse docet his verbis: Si quem qua cum fecit, is qui experiundum quid accepit, veluti si jumenta fuerint, eaque locata sint: id ipsum præstabis ei, qui experiundum dedit: neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet, priusquam periculo ejus sit. Itaque locare videtur, qui eis utitur in circensibus ludis, l. plenum 12. §. equitus 4. ff. de usu, & habitac. quæritur ab Ulpiano quâ actione agendum sit adversus eum, qui sumpsit equos experiundos? Actione empti negat, quia nondum fuit emptio celebrata de equis: Itaque actione præscriptis verbis agendum esse tradit. Hujus legis §. faciles sunt, & etiam; l. sequent. l. duo 23 jam explicuimus supra capite 4. n. 3. in fin.

6 Ad genus contractus, do, ut des, refertur etiam debet species text. in l. Titius 24. ff. de præscript. verb. ubi Africanus hanc casum proponit. Titius triginta millia nummorum dedit. Sempronio hac interposita conventionem, ut ex redditu eorum Sempronius præstaret Fisco tributum, quod Titius deberet: computatis usaris semilibus, id est nè Sempronius teneatur plus, vel minus præstare usurarum nomine, ita ut si quid plus exolverit, id ex sorte principali dederit: Si quid verò minus solverit, ut id Titio, qui sortè dedit principalem Sempronius præstaret. Hæc computatio est semilibus usurarum, & quanto plus dederit Sempronius, id minus reddat Titio ex sorte, quando eam restituerit. Certum est redditum pecuniæ nihil aliud esse, quam usuram: Reddit enim ex fenore, non minus quam redditus prædij ex locatione, l. alumna 30. ff. de adimend. legat. l. postquam 3. ff. de usufruct. eorum rerum, qua usu consum. & fenus nihil aliud est, quam quasi locatio pecuniæ Horat. sermon. 1. satyr. 2. ibi: Omnia conductis quo emens absantia nummis, & paulo inferius: Quinas hic capiti mercedes exigit: Capiti, id est, sortis: Quinas mercedes, id est, usuras quinquages. Illæ verò pactio nes tantum supra dicto modo interpositæ non fuerunt stipulatione firmate. Quæritur, si minus Sempronius solvisset, quâ non accepisset de usuris, vel plus Hieron. Oroz. de Apicib. Iur. Civil.

solvisset, non tamen usque ad exitum sortis principalis, vel si plus solvisset, quam in usuris, & forte fuerat, quâ actione inter se agere possint.

Sed antequam respondeat quæstioni propositæ prius aliam quæstionem, de qua non erat quæsitum, resolvit: puta, an illa actione in dicta specie debeantur semisses usuræ? Quasi dubiū sit, an negotium, quod contractum fuerat, mutuum fuisset, propterea quod in mutuo non veniant usuræ, nisi promissæ sint per stipulationem, ut diximus supra hoc cap. n. 3. In strictis iudiciis, qualia sunt omnia, in quibus certum petitur ut mutuum; nam in eo nunquam incertum petitur, quia vel certum est, vel mutuum non est, l. certii 9. ff. de rebus credit. l. certum 6. eodem tit. omne enim certum strictum est, omne incertum simplicius, æquum, & bonum, quod solum fieri potest certum ex arbitrio iudicis, dict. l. certum 6. l. stipulationum quadam 74. ff. de verborum obligation. pacta conventa, etsi in continenti adjecta, non infont ex parte actoris, quasi contractus strictæ formæ extra formam nihil contineri possit ex adjectis: Quo sit, ut pactum de usuris sine stipulatione pro nudo pacto habendum sit, quod velamentum non habet à stricta forma contractus; & ita respectu ejus pactum videtur ex intervallo appositum fuisse: Et ex ea causa Africanus hæc addit: Perum in proposito videndum nè non tam feneratora pecunia intelligi debeat, quam quasi mandatum in eos contractum, quorum verborum sensus est, si mandatum sit, non videri nodum esse pactum, quo promissæ sunt usuræ, sed inesse in hoc negotio, de quo agitur ex parte actoris, quasi in continenti sit adjectum: mandatum enim contractus bonæ fidei est, §. actionum 28. institut. de action. Idem tamen Africanus evidens indicium præstat ad hoc ut non credatur negotium illud mandatum esse in his verbis: Nisi, quod ultra semissem consequutum esset; mandatum enim gratuitum esse debet, l. ita ut 36. ff. mandati: Hoc verò negotium non gratuitum esse, si fortè Sempronius gravioribus usuris eam pecuniam occupare potuerit; unde, & semisses solvere, & aliquid præterea lucrari possit, l. idem 10. §. si procurator 3. l. ex mandato 20. Digestis mandati, & ita istud commodum, quod fortè Sempronius sperat, quamvis incertum sit, sufficiens tamen est, ut ab initio, nè mandatum sit, impediatur, l. naturalis 5. §. ultim. ff. de præscript. verb. ut docemus fusiùs ad explicationem contractus, facio, ut facias: Unde cum nullum mandatum non gratuitum sit, & omnes contractus ab initio conventionis constituantur, parum interest, ut eventus non respondeat spei utilitatis, de qua à principio convenerat. In deposito solum receptum est, ut nihilominus teneat actio depositi, quamvis depositario permissum sit vel ab initio convenerit, ut si velit, deposita pecunia uratur: itaque si usus fuerit, usuras debebit, sive ab initio ex conventionem, sive ex postfacto ex mora Lucius Titius 24. cum l. seq. §. 1. l. Puplia Mævia 26. §. 1. ff. de positi.

Eadem ratione, & exemplo depositi non inargutè quis tentare poterit, etiam in nostra specie mandatum tenere, quamvis negotium, quod gestum est, mandati terminos excedat: quasi iudicio bonæ fidei nihil sit, quod opponi possit, nisi solum dolus, & mala fides. Sed Africanus tutius esse ait decurrere ad actionem præscriptis verbis, nõ quia illa ratio æquitatis causâ nõ possit movere, & sua- dere, ut mandatum interpretetur: Et sic respondit sequutus apices juris, quâvis bonæ fidei iudicio

id non solum juris naturalis est, sed etiam juris gentium: Nam frustra per jus naturale est conventio de aliquo dando, aut faciendo, vel reddendo, si per jus gentium non essent distincta dominia rerum: à qua distinctione cepit posse dari aliud, & recuperare pro eo aliquid aliud, & circa hæc præstationes interponere. Eadem causâ Jurisconsultus Paulus in *l. cum amplius* 8 §. 1. ff. de regul. jur. *Et natura debet, inquit, quem jure gentium dare oportet, cuius fidem sequi sumus, l. 1. ff. de rebus credit. l. indebitam* 47. ff. de cond. indeb. materia illa, unde alterius cuiusque fidem sequamur sive dando, sive promittendo, à jure naturali est, sed forma obligationis ejus à jure gentium addita est: Primum ex dominiorum distinctione, ex qua proficitur illa æquitas, ne locupletior quis fiat cum alterius jacturâ: postea ex conventionione eorum, quorum interest supra rei suæ æstimationem, id est lucri sui faciendi causâ, *l. actionem* 25. §. 1. versio. ex contractu ff. de obligat. & action. ut passim in præcedentibus docuimus: Illa prima, & rudior obligationis forma, quæ provenit ex distinctione dominiorum à jure gentium facta, etiam in conditione indebiti præcisè reperitur: & idem conditio hæc, quæ est repetitio rei suæ & nihil amplius continet, omneque lucrum effugit, juri gentium tribuit idem Martianus in *l. verum* 25. ff. de action. ver. amotar. Sed ex eo, quod major, & potentior sit forma in obligationibus, quia illaproveniunt à conventionione partium, idem per comparationem civilis actionis, quæ ex conventionione nascitur conditionem indebiti in *dict. l. operas* 25. ff. de præsc. verb. juri naturali relinquit, sicut fit multoties, ut in *l. nam hoc* 14. cum seq. l. si quod 64. ff. de cond. indeb. l. causa 16. §. Pomponius 2. versio. sed & illud ff. de minor. l. pupillus 5. ff. de aut. tutor. Idem etiam statuitur in omnibus in factum actionibus quæ formantur ex ipsâ rei traditione sola, aliter quàm in directis actionibus, quæ omnem suam formam accipiunt vel ex conventionione expressa, vel ex lege, quæ de eo facta specialiter lata est, ut pluribus docuimus supra hoc lib. cap. 1. 2. 3. & 4: ex quibus actiones dicuntur directæ. Eadem juri naturali tribuentur actiones in omnibus quasi contractibus, ubi ex re sola provenit actio, & non ex conventionione partium, neque constitutione legis, *l. furiosus* 46. ff. de obligat. & action. l. si à furioso 12. l. si filius familias 14. ff. de reb. credit. quæ actiones postquam neque ex conventionione (quid enim furiosus, qui re contrahit, convenire potest, cum ejus nulla sit voluntas, *l. qui servum* 47. ff. de acquir. hered. neque sensum ullum furiosus habeat, *l. si cum dotem* 22. §. si maritus 7. ff. de solus. matrim.) neque alio rectè jure directè descendant, necesse est, quod ab eo tantum jure formentur, quo res ipsa quasi naturâ suâ sentire, & statere videatur, id est ab eo quod vir bonus arbitraretur: quod jus, quia imaginariū est, procedere non potest ultra eandem ipsam rem, quæ data fuit ad genus suum; quia naturaliter nihil se ipsum, aut suum ipsius genus egreditur: itaque nihil ultra rem ipsam, seu ejus genus debetur.

Unde fit, ut operas semel solutas nemo unquam repetere possit, cum enim repetitio nullatenus fiat nisi ipsius tantum rei, quæ data est, vel tantundem ejusdem generis ut docet Martianus hic, & Paulus in *l. quod indebitum* 7. ff. de cond. indeb. Et non possint operæ eadem reddi obstante semper operarum naturâ, ut docetur in *dict. l. si non fortem* 26. §. libertus 12. ff. eod. tit. idem dicit Consultus eas repeti non posse. Tamen quia ubicumque adeat

conventio de reddenda alia re, quàm ea ipsa, quæ data sit, vel ejus æstimatione, ulterius porrigitur contrahentium voluntas, & usque ad certam naturam contractus propter pactationem extenditur: idem in proposita specie, *l. si operas*, vicissim operæ præstantur propter conventionem: nam si juri gentium obligari possumus in rebus ipsis, quæ per se subsistunt, ut aliud dando aliud reddatur: eadem regulâ propter unius servi operas possumus obligare alias alterius servi nobis reddendas. Et sic adhibita hac ratione differentia objectionem, quam proposuit, solvit Martianus; illi tamen ex Ulpiano in *dict. l. si non fortem* §. libertus addi debet quod in hac lege prætermittim est, nempe operas indebitè solutas, ipsas non posse repeti per ea, quæ supra diximus; per æstimationem tamen repeti eas posse, nempe quanti operas servi sui ille, qui dedit, locaturus fuisset; cum interdum etiam liceat, ut aliud ejus, quod datum est condicamus. Tandem Martianus in *dict. l. operas* non loquitur de eo, quod aliquando propter aliquam æquitatem contingit, sed de eo, quod regulariter statuitur ex recta juris ratione, quæ si strictè attendatur, non solum est nulla operarum indebitè solutarum repetitio, quia nec eadem, nec ejusdem generis sunt; sed etiam, quia nulla potest esse operarum æstimatio ex eo, quod aliud sit pecunia, aliud sint operæ. Sed dices: cum pecunia omnes res æstimentur, & etiam operæ subtile, ut notavi supra hoc cap. num. 10. eaque de causa dicatur pecuniam genus esse omnium rerum, quæ in nostro patrimonio sunt, facit *l. res app. latione l. pecunia* 178. l. pecunia 22. ff. de verborum significat. l. Titius 35. ff. de aur. & argent. legat. l. 1. ff. de contrah. empr. l. si ita 42. ff. de fidejussor. l. nummis 3. ff. de in lit. jur. ut placet doctissimo viro D. D. Martino de Larreategui lib. 1. *select. jur. civil. disputat. cap. 3. n. 4. & lib. 5. cap. 5. num. 9. & 10. poterunt per æstimationem videri ipsæ operæ repeti; quando pro his pecunia repetitur: Ergo etiam si strictum jus observemus, operæ nihilominus repeti poterunt per æstimationem. Sed responderet, quod pecunia, æstimatio, & id genus omnia sunt juri gentium: Quod quidem jus excluditur eo ipso, quod de conditione naturali exercenda disputamus: Jure enim naturali, & sine conventionione neque pecunia potest suum ipsam genus numerare; pecuniæ excedere, neque eo jure operarum genus usque ad pecuniam potest pervenire, atque extendi; licet nudo jure naturali non detur permutatio, seu locatio operarum; tamen ex æquo, & bono non solum jure gentium, sed etiam naturali inspecto admittitur, quia eo ipso quod jus gentium divisionem dominiorum, & formam obligationum ex conventionione partium introduxit; ipsum jus naturale eam æquitatem probat, & ut suam agnoscat, ut diximus alio in loco ex *l. 1. §. ultim. l. nec cum filiofamilias ff. de furt.* quibus dicitur lege naturali prohibitum fuisse furtum; neque patrem posse furti agere cum filio familias naturâ ipsâ prohibente, cum certum sit, prohibitionem furti provenire ex distinctione alia dominiorum, quam jus gentium fecerat; & prohibitionem actionis exercendæ inter patrem, & filium meri juris civilis esse propter patriam potestatem: Jure enim naturali, simulque gentium, quibus nulla consideratur patria potestas, distincta est persona filij à persona patris: Tamen cum jus civile efficerit, ut propter patriam potestatem pro una, & eadem persona haberentur, repugnat naturæ ipsi, ut inter filium, & patrem ulla actio exerceatur ex eo, quod nemo secum ipso agere possit. Unde dicendum est*

CAPUT IX.

De Contractu, do, ut facias, & de speciebus, quæ ad illud genus referendæ sunt in hoc nostro Titulo de præsc. verb.

SUMMARIUM.

1. Agitur ex *l. 5. §. 2. de præsc. verb. de altero genere contractuum in nominatorum, do, ut facias.* Monet Consultus duplicem differentiam in dicto contractu observandam esse. Prima, ut factum, ob quod datur pecunia, sit tale, ut locari possit; nam obiter non est locatio. An locatio constituatur, si merces non sit in numerata pecunia? An si quod datur ut fiat, non est pecunia, constituitur contractus in census? Secunda si factum quod intervenit, non sit locabile, an constituatur locatio? Manumissio non consistit in administratione patrimonii. Manumissionem esse actum legitimum, & à quo possit exervi, docetur. Filius familia voluntate patris rectè manumittere potest, & quare. An pater jussu filij, aut filius jussu matris manumittere possit? An filij libertus possit etiam dici libertus patris? In dict. leg. 5. §. 2. ut actio præscriptis verbis detur, quæ observari debeant, ostenditur. Remissivè agitur de *l. 3. §. 1. ff. de cond. cau. dat. cau. non secut.* Ingens oblectio contra sententiam, qua firmatur mercedem in locazione debere esse in pecunia numerata. Contrarium statuisse Imperatores in *l. 21. C. locati, ostenditur.* Illius *l. vis*, & difficultas ponderatur ex Doctore Retes. Adducitur §. 28. instit. de action. Ab interpretibus creditur, præscriptis verbis actiones non esse bonæ fidei. Accusati ab interpretibus malè reprehensi quærela vindicatur.
3. Superiorum textum difficultatem indissolubilem esse plurimi crediderunt. Qui hic numerantur affirmant, in d. l. 21. locationem esse posse, etsi merces non sit in pecunia numerata. Hanc sententiam tenentes non possunt se expedire à *l. 5. §. 2. ff. de præsc. verb.* Referuntur aliqui affirmantes locationem esse non posse, si merces non sit in pecunia numerata.
4. Locus Doctore Retes, in quo superiora conciliare credit, ad litteram referunt. Natura coloni paritarij ab eodem explicatur dict. loc. Ab eodem Doctore desiderat Author rationem differentia, quare in locationibus faciendæ merces

est æquitatem induci in quibuscumque speciebus, quæ increverunt non in jure: & idem operas, quæ mero jure naturali repeti non possunt, si indebitè solvantur, per jus gentium, quo admissum fuit, ut aliud pro alio redderetur, ratione æstimationis & locationis repeti posse.

15. Ultima hujus tituli de præsc. verb. species, quæ referri debet ad genus contractus, *ut, ut des, extat in l. si tibi scyphos* ubi: *scyphos tibi a. di, ut eo d. m. mihi redderes*, ait Pomponius, id est non translato in accipientem domino: dare absolute significat dominium transferre, *l. ubi autem* 75. §. ut. ff. de verb. obligat. §. sic itaque discretis 14. instit. de action. Doctore Josephus Fernandez à Retes lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 2. num. 2. sed ita dare, ut eadem species reddatur, usum tantum dare est, non verò dominium transferre: itaque tibi intervenerit conventio illa, ut eidem scyphi reddantur, eisdem accipiens non utitur ut dominus, sed ut commodatarius: nam nihil aliud habet, quàm ut uti possit, *l. si tibi* 20. ff. de reb. credit. l. res d. cum l. seq. ff. commodat. l. 1. §. ut. ff. præcar. l. qui sic solvit 55. ff. de solut. Et idem rectè dicit Pomponius in hac specie commodati actionem esse. Idem in *l. mutuum* 2. ff. de reb. credit. Mutuum, inquit, datur receptivum non eandem speciem, quam dedimus (aliquin aut commodatum erit, aut depositum) sed idem genus: commodato utitur, deposito non utitur: utrumque tamen gratuitum est, solum tunc quando quid damus abutendum, quia non est commodatum, idem quaeritur, an dominium transferam sit, ut in *l. p. n. ff. de cond. cau. dat. cau. non secut. l. si dominus* 8. ff. de præsc. verb. sed in specie dict. l. ult. hoc tit. non quaeritur, an deminutio rei sit: quia scyphi non ad abutendum, sed ad utendum tantum dati sunt. Quod verò erit dicendum si scyphos tibi dedi, non ut scyphos eisdem redderes, sed tantundem pondus argenti quantum in illis scyphis esset, translato dominio scyphorum ut in mutuo. an hoc genus conventionis mutuum sit? nam si idem genus pro eodem genere detur, nihil obstat quominus mutuum sit, *l. plane* 34. §. sed si ponitur §. ff. de legat. 1. Quintus Mucius 27 §. argento, §. ff. de aur. & arg. legat. tamen quia non idem genus est scyphorum, & tantundem generis argenti rudis, amplius enim est in scyphis, qui functionem habent etiam in specie, quàm in argento rudis, quod functionem habet tantum in genere, idem videtur convenisse de alio dando, ut aliud detur, *l. 1. §. 1. cum certum* 9. l. cum aurum 14. ff. de aur. & arg. legat. itaque actione præscriptis verbis pondus argenti tam boni, quàm illi scyphi fuerunt, petam. Sed si ut eosdem scyphos, vel ejusdem ponderis argentum daret, convenit, eadem est actio. Superius dubium erat tantum de mutuo, hic verò etiam de commodato: & sic Consultus componit duas species, de quibus sigillatim egerat superius, de hac lego licet brevius agat, vide Doctorem Retes dict. loc. capit. 12. numer. 5. & Bellon. qui parum concinè hunc text. explicat. lib. 1. supputat. cap. 6. Hicque absolutus manet titulus de præscriptis verbis in ea parte, quæ contractui, do, ut des, correspondet.

merces constituenda sit in numerata pecunia, & in locationibus fruendi non item.

Alia verba ejusdem Doctoris, quibus paulisper corrigi superiora, referuntur.

5 In locatione merces constitui non posse nisi in numerata pecunia probatur.

Ea sententia aperte est in verbis, l. 1. §. 9. ff. depositi, l. 5. §. 2. l. 17. §. 3. de præscript. verb.

Dicit §. 3. verba contra dictum Doctorem noviter ponderantur.

Etsi contrahentes velint mutuum contrahere, dum id non fiat gratis, constituitur contractus innominatus.

Sententia eorum, qui dicunt ex conventionne formas contractuum mutari posse reprobat.

Contractus nominati ab innominatis non solum nomine, sed etiam substantiâ conventionis distinguuntur.

6 Actiones ex contractibus incertis bona fidei esse ostenditur, & n. seqq.

Contrariam sententiam quo in loco refutavimus, ostenditur.

In antiquis judiciis à formula præscripta iudicem recedere non potuisse docetur.

L. 47. ff. de negot. gest. in hoc cap. passim attingitur.

Formula illa data ex bona fide plus continebat quam illa, qua dabatur ex stricta conventionne.

Bona fides est bene agi quod inter contrahentes bene convenit.

Quomodo concipiebatur formula bona fidei, & quid in ea contineretur, ostenditur.

7 Formula stricti iudicij quomodo concipiebatur, & quid contineret, docetur.

Id ea formula usque ad quem finem extendebatur cognitio iudicis, notatur.

Explicatur l. 13. §. 2. §. 5. de action. empt. l. 3. §. 1. ff. mandati.

Quare actio ex stipulatu stricti iudicij sit, ostenditur.

Omnis conditio, qua certum petitur, est actio stricti iuris, & quare.

Omnem actionem bona fidei incertam esse demonstratur, non contra omnem incerti actionem esse bona fidei.

Omne incertum simpliciter æquum, & bonum continere, & quomodo illud fiat certum, traditur ex l. 7. §. 4. de verb. oblig.

Prima regula in contractibus bona fidei est, ne ulterio ceteroque actio sit.

Ex utilitate sumitur occasio imponendi oneris æqualis, & n. 9.

Ratio, qua nituntur actiones bona fidei, traditur.

8 L. 2. §. 1. ff. de precat. actiones præscriptis verbis bona fidei esse probat.

Dicit sententia evidentius confirmatur ex l. 24. de præsc. verb. & n. seqq.

In strictis judiciis usure sine stipulatione non veniunt.

In contractibus bona fidei circa usuras contrarium observatur.

Ostenditur quid requiratur, ut detur actio æstimatoria, vel proveniens à permutatione.

9 Redditur ratio, quare in obligationibus stricti iuris non veniant usure

Ad obligandum minus propensi, quam ad liberandum debemus esse.

Explicatur ratio l. 38. §. 1. l. 78. §. 1. l. 99. de verbor. oblig. l. 4. de usur. l. 3. §. 1. de action. empt.

Quando unius tantum obligatio est, ille quantum ius patitur, de ea relevatur.

Quando utriusque est obligatio æqualiter de utroque ea affirmatur, vel negatur.

Deducitur exemplum ex l. 19. cum l. sequen. de ædil. edict.

Explicatur ratio princ. instit. de patronor. tutel. l. 3. de legitim. tutor. l. 10. §. ultim. de testam. tutel. l. 1. & 2. C. de necessar. serv. hæred. instit.

10 Ex dicitur inducitur elegans interpretatio ad l. 3. §. 2. ff. de usur.

Actio fideicommissorum neque bona fidei est, neque stricti iuris, sed persecutio extraordinaria.

In perfectione extraordinaria nihil certum est, quod ad iudicia ordinaria possit deduci.

In iudiciis ordinariis nulla actio exercetur, nisi ea qua sit vel bona fidei, vel stricti iuris.

Nihil est in actione extraordinaria quod non sit omnino extraordinarium.

Quare in fideicommissis introductum fuerit idem, quod in bona fidei iudiciis?

Ex l. 54. ad S. C. Trebel. constat verbis fideicommissi bonam fidem inesse.

Verba fideicommissi verba mandati sunt, §. ultim. institut. de ling. rebus per fideic. relicta.

Qualis sit voluntas testatoris in fideicommissis, ostenditur.

Ponderatur quidam interpretum error conceptus ex d. l. 3. §. 2. de usur.

L. ult. §. 2. C. de jur. dot. qua videtur superioribus obstare, explicatur.

11 Ex l. 7. de pact. in princ. probatur actionem præscriptis verbis esse bona fidei.

Idem probari ostenditur ex d. l. 7. §. 2. qui rectè ponderatur.

Ad eandem sententiam comprobendam sit argumentum ex l. 48. de pact.

Negotium, cui pacta incontinenti adjecta insunt ex parte actoris, non potest non esse bona fidei.

Emendatur text. in l. 1. de æstim. act.

12 An Justinianus in §. 28. institut. de action. fecerit adequatam bona fidei actionum divisionem.

Reprehenduntur Anton. Fab qui credit præter in dict. §. enumeratas, ceteras esse stricti iuris.

Ex variis locis Justiniani contra Ant. Fabrum attingitur.

Attingitur leg. 1. de vacat. & excusat. mun.

Quid exponere in suis institutionibus voluerit Justinianus, edocetur.

Æquum, & bonum in unum comprehendere impossibile est, & quare?

13 Prosequitur explicatio d. l. 21. C. locati, ejusque verba interpretantur.

Explicatur text. in l. 35. §. 1. ff. locati, ejusque verba ponderantur.

Quis dicitur paritarius colonus in l. 25. §. 6. Digest.

Digest. locati, & l. 52. §. 2. ff. pro loc. ostenditur.

In d. l. 21. C. locati, non est locatio, sed instar locationis negotium.

Quod instar contractus certi cuiusdam est, contractus incertus est.

Explicatur l. 23. ff. de comm. divid.

Alia ratio contrarium sententiam sentientibus obicitur.

Idem quod dicitur de toto, etiam de parte dici debet.

14 In dict. l. 5. §. 2. de præscript. verb. ponderantur, versic. sive certum, & vers. sive illud.

Forum vers. magnam esse subtilitatem demonstratur, remissive.

In dict. §. versic. sed si dedi, emendatur noviter, & emendatio aliorum impugnatur.

Emendatio nostra probatur ex l. 7. §. 2. de pact. Actio de dolo, ubi alia actio competit, dari non potest.

Ejusdem versic. integritas conservatur ab aliis, itaque remissive demonstratur.

15 Ad hoc genus contractuum do, ut facias, referuntur l. 6. de præsc. verb.

An sine pecunia numerata emptio esse possit, si aliud subrogetur loco pecunia.

Explicatur l. 11. §. ultim. de ædil. edict. l. 79. de contrah. empt. l. 6. §. 1. de action. empt. l. 1. C. de rer. permut.

Quid significetur, quando actionem præscriptis verbis dicitur dari ad exemplum alicujus contractus incerti.

Explicatur l. 2. §. 1. de contrah. empt.

16 Ad idem genus contractus, do, ut facias, referuntur l. 7. de præsc. verb.

Eus explicatio undè sumi debeat, ostenditur.

In obligatione pura statim agi potest, absque interpellatione debitoris.

Si obligatio in diem est, adveniente die imposita statim agi potest.

Redditur ratio l. 16. §. ult. cum l. seq. ff. de const. pecun.

Si sub conditione debeat, an adveniente illa statim agi possit?

Cessationis definitio traditur, & an ea sine mora possit esse, ostenditur.

Aliquod tempus debitori indulgetur, in quo non potest dici cessare.

17 Mora committitur ex interpellatione idonea creditoris.

Ex qua mora veniant usure, periculum rei, vel id quod interest, ostenditur.

Ata am plerumque pro cessatione accipi debere docetur.

Quomodo mora, reus purgare possit, demonstratur.

18 An ante moram agi possit, & quando inducatur, docetur.

Explicatur l. 2. Cod. de jur. emph. & l. 3. ff. de usur.

An ante cessationem agi possit, & qua sit differentia inter eam, & moram.

Explicatur l. 32. de usur. & n. super.

Eorum, que facti sunt, neque definitio, neque certum principium dari potest.

An in hac questione de mora, & cessatione distinguat possit de causa dandi, aut facienda?

Aliqua distinctio, qua sola inter eas esse potest, edocetur.

In his, que facti sunt habenda est ratio longioris spatij.

Quadam facta necessariam habere interpellationem docetur.

Ad id afferuntur, l. 5. §. 1. de collat. l. 13. §. 2. l. 24. de oper. libert.

19 Explicatur etiam, & ad genus do, ut facias, reducitur l. 13. de præsc. verb.

Quare in dicta specie non sit mandatum, neque locatio, ostenditur.

An ibi societas esse possit, longe disputatur.

In societate distractionis uterque socius dominus est.

20 Ea sententia probari videtur ex l. 44. & 32. ff. pro loc.

Explicatur dict. l. 13. & l. 14. de reb. cred. l. 9. §. ultim. ad Macedon. l. 1. §. 10. de dor. prælegat. l. 1. §. 5. quando de pecul. act. annal. sit. l. 14. §. 2. de præsc. verb.

21 Ad idem genus referendus est text. in d. l. 13. §. 1. de præsc. verb.

Modus illius explicandi per versiculos inducitur, & num. seqq.

Quare in prima parte non sit emptio, & venditio, docetur.

Nulla emptio potest esse, quin habeat pretium in numerata pecunia, l. 2. §. 1. de contrah. empt.

Quare in d. l. 13. §. 1. dicatur, partem rei me accipere?

Res mea alienam sub passione, ut iterum eam recipiam, creditur nunquam alienata fuisse.

22 Explicatur dict. l. 13. §. 1. versic. neque societatem de præsc. verb.

Accusij interpretationem ad dict. versicul. videt ab Antonio Fabro reprobam esse docetur.

D §. vers. idem dici, explicatur, ejusque verba ponderantur.

Accusij sententia novis rationibus ponderatur ex verbis, si passus sit te sic edificare.

23 Ulterius ponderantur alia rationes contra dictam sententiam.

24 Alia species fulcra in dict. l. 13. §. adducitur, eaque explicatur.

Verbum dare ex sua significatione dominium transferre significat.

An in hac specie verbum dare minus significet, & undè moderetur.

Explicatione aliqua tanguntur l. 25. §. 6. locati, l. 52. §. 2. pro loc. l. 9. C. de pact.

25 Ad perfectam d. l. 13. §. 1. de præsc. verb. intelligentiam quid valde necessarium notatur.

De actione, qua ibi danda est, agitur, & ea explicatur.

Consulti aliter veniunt actiones in factum, ac conditione inebiti.

Conditio inebita inest etiam actioni præscriptis verbis.

Adducuntur verba l. 5. §. 1. in fin. de calumn.

Actio præscriptis verbis incerti est, itaque ex l. 19. de precat. demonstratur.

26 Ad idem genus do, ut facias, referuntur text. in l. 19. §. 1. de præsc. verb.

Fructus rei est, vel pigriore dare licere.

Exceptioni, que ibi additur in vers. nisi merces obstat, l. ult. de æstimat. act.

De quo casu intelligenda sit d.l. ult. ex l. i. d. tit. demonstratur.

Explicatur l. 2. de præc. verb. ejusque species proponitur.

27 Ad idem genus contractus refertur, l. 16. de præc. verb. & n. seq.

In dict. l. verbo eximi, interpretatio tribuitur?

Explicatur l. 6. de donat. & n. seq.

Idem quod in dict. l. 6. continetur etiam in l. 6. § 1. de act. empt.

Dict. l. 16. conjungenda est cum l. 3. § 4. ff. de dol. & n. seq.

28 An in d. l. 16. de præc. verb. etiam vindicatio dari possit.

An etiam possit agi actione injuriarum ex l. 25. de action. empt. & l. 13. §. 7. de injur.

Quid in dict. l. 16. significet verbum, permittit.

In contractibus incertis nondum nascitur obligatio ex conventionione sola.

Dict. l. 16. §. 2. Explicatur, sicut principium ejus.

29 An ad hoc genus contractus, do, ut facias, referatur l. 41 de pact.

Aliud genus contractuum innominatorum, quod à Jurisconsulto Paulo refertur in l. naturalis §. 5. at cum do 2. ff. de præc. verb. est do ut facias; quo in contractu nos monet differentias duas observandas esse ad hoc, ut contractus incertus constitui possit. Prima est, ut factum illud, ob quod aliquid datur, sit tale, ut locari possit: Nam tunc si pecunia datur, ut talè factum fiat, erit locatio, & conductio, quæ non constituitur, nisi merces interveniat in pecunia numerata: Si verò quod datur propter id, quod faciendum est, non fuerit pecunia numerata, sed res; tunc quia locatio esse non potest, nam in alia nulla specie merces constitui valet nisi in pecunia, ut propriè locatio constituitur, §. præc. 2. instit. de locat. & conduct. dict. l. naturalis §. 5. at cum do 2. l. si gratuitam 17. §. si cum unum bovem 3. ff. de præc. verb. l. 1. §. si quis servum 9. ff. de positi, erit contractus innominatus, do, ut facias, & dabitur actio præscriptis verbis: Et hæc ita sunt, quando quod faciendum est, locari potest. Secunda differentia, quæ observari debet, est quod si factum, ob quod faciendum datur, non fuerit tale, ut locari possit; id est, nihil remaneat ex illo facto, postquam factum fuerit, veluti si servus manumittatur, etiam si merces detur in pecunia numerata non erit locatio: Manumissio enim non consistit in administratione patrimonij, non in opere aliena, sed est actus legitimus, qui ab unoquoque per se, & suo nomine debet expediri, l. servus 13. de manum. l. ultim. ff. de curat. furios. l. curator 22. ff. qui, & à quibus manum. liber, non sicut: Et licet filius familiæ voluntate patris rectè manumittere possit, l. nepos 22. ff. de manum. non tamen ex eo pervertitur regula præcedens, quæ filius familiæ patri suus hæres est, l. in suis 11. ff. de liber. & posthum. & libertus patris idem & filij libertus vocari potest, l. licet §. 8. ff. de verbor. signif. è contra verò jussu filij, aut filius jussu matris manumittere non potest, quia pater filio, si filius matris extranei sunt. Paul. lib. 1. sent. tit. 12. sent. 2. neque filij libertus etiam patris libertus dici poterit dict. l. licet. Itaque in hac specie erit actio præscriptis verbis, vel si me pœniteat, conductio

dabitur ad rependam pecuniam tanquam ob rem datam re non sequuta, dict. l. naturalis §. 8. l. 2. l. si tibi decem 7. ff. de præc. verb. l. de si tibi 3. §. 1. ff. de cond. cau. dat. cau. non sequit. de quo fuscè scripsimus supra lib. 2. cap. 6. & hoc lib. cap. 4. & seqq. Et sic metienda sunt facta, quæ locari possunt, vel non; scilicet si ex illo facto nihil remaneat, vel remaneat aliquid: & hac brevi distinctione vitæ tractationem illam interpretum circa hujus rei tractationem, dum quarunt quæ sint illa facta. De variis eorum sententiis vide Doctorem Josephum Fernandez à Retes loco in num. seq. citando à num. 10. usque ad num. 15. ubi ejus sententiam reperies.

Sed non caret magno serupulo sententia illa, quæ ut verissimè supposuimus, puta locationem & conductionem constitui non posse, nisi merces constituitur in pecunia numerata (licet ea mihi semper optima visa fuit, & absque ulla distinctione placuit: & eâ sequuntur plurimi, quos refert Menchaca usus frequentium cap. 53. num. 1. & eos sequitur Anton. Gomez lib. 2. variar. cap. 3. num. 53. Ignatius I. assarte de decima vendition. cap. 1. ex num. 1. Padilla Menes in dict. §. at cum do à princ. Joan. Garc. de expens. & meliorat. cap. 14. num. 20. Pinell in 2. par. rub. de rescind. vendit. Ruinus cons. 151. n. 6. Corneus consil. 137. & consil. 301 lib. 3. num. 1. Cald. de emp. & vend. plures referens cap. 18. n. 20. quæ sententia etiam à septem partu juris conditoribus approbata fuit, & rectè meo videri; in l. 1. tit. 8. part. 3. sibi: C. si ova cossa recipi esse ea no fuisse diticos, noseria lozuro, (id est locator,) mas seria contracto innominado: assi como aiximos en la postrimera ley de los cambios,) quia Imperatores Diocletianus, & Maximilianus contrarium statuisse videntur in l. licet 8. & l. si olei 21. C. de locat. & conduct. ubi supponunt certis annuis quantitatibus, & certâ olei ponderatione fieri posse contractum locationis, & conductionis; neque posse in dict. l. apud responderi ait Doctor Josephus Fernandez à Retes lib. 1. opusc. sect. 1. cap. 5. num. 2. impropiè & translativè dici locationem pro incerto contractu, ut exillimabat Accursius in dict. l. si olei: nam ut ipse Retes ait, si esset alius contractus præter locationem, esset contractus incertus do ut facias, neque actio, quæ ex eo nasceretur, esset bonæ fidei, sed stricti juris, quales sunt omnes actiones, quæ nascuntur ex contractibus incertis, exceptâ actione æstimatoria, & illâ quæ nascitur ex rerum permutatione §. actionum 28. Sed sic est, quod actio, quæ ex locatione prædicta datur, dicitur bonæ fidei in dict. l. si olei 21. agitur verus contractus locationis est, non improprius, ex quo talis actio nascitur, ut admonet etiam Cujac. §. ad African. in l. & hæc distinctio 33 §. 1. ff. locati: hæc ex Retes dicto in loco. Hac replicatione, quæ tota nititur falsis in fundamentis, Accursius potest justè conquæri, quomodo ejus doctrinæ exillimationem minui intendat sine causa, & sine ratione: quia vis l. si olei non est tanta, ut tutum refugium oppositæ sententiæ Authoribus præstare possit.

Tantum esse horum textuum difficultatem affirmat Doctor Retes dict. loc. num. 3. (& bis eam exagerrat eò loci) ut illis permoti Corralius lib. 2. miscellan. cap. 11. quem laudat, & sequuntur Arias Pinell. in rubric. C. de resc. vendit. 2. p. cap. 3. num. 19. cum seqq. usque ad finem. Gothofred. & Cujac. in dict. §. at cum do. Vazquez Menchaca. dict. cap. à princ. & alij, quos referunt, licet eos non sequantur, Oluvald. lib. 13. comm. Doni. cap. 6. liter. l. Hieronymi;

Hieronym. Treutler. selectar. volum. 1. disp. 29. thesi 3. lib. 7. Fachin. lib. 2. contror. cap. 83. Petr. Fab. Del. rio Bocerus in l. contractus 23. ff. de regul. jur. Vultei in l. discept. 15. Gothofr. in l. quod Nerva 32. ff. de positi. Marc. Lycia. lib. 7. membr. ecloga 34. & novissimè Joan. Jacob. Vullsembechius disp. 36. n. 4. & seqq. pro certo affirmarunt verum & directum locationis contractum contrahi posse, licet merces non consistat in pecunia numerata, sed in aliis rebus, præsertim fungibilibus, quæ genere, quantitate & non corpore æstimantur, & aliquam similitudinem habent cum pecunia numerata, argum. l. ultim. C. de constit. pecun. Verum qui hanc sententiam sequuntur, respondere non possunt, ait Retes, neque evadere difficultatem dict. l. naturalis §. 5. at cum do ff. de præc. verb. ubi quasi sub conditionem loquens Paulus inquit: Pecunia data locatio erit: ergo non aliter erit locatio, quàm si pro mercede pecunia detur, ut præclare deducunt Gregor. Lopez de Madera lib. singul. animadvert. cap. 15. Pichard. princ. instit. de locat. & conduct. num. 28. Fachin. lib. 1. convers. cap. 82. & agnoscit ingenue Arias Pinell. supra dict. loc. ita inter se acerbam hac de re controversiam constituerunt.

4 Quos ut unâ amicitia conciliet Doctor Josephus Fernandez à Retes loco proxime citato, hæc ad litteram scripsit: Adhuc in distincte sententia hæc admitti non debet, quoniam responsum commodum præberi non potest, dict. l. si olei 21. & aliis, quas faciliè inferius exponemus. Quare mihi semper admodum placuit media sententia Saliceti, seu Baldi in d. l. si olei, quam sequitur Petrus Loriotus in axiomat. de pact. axiom. 129. Giphon. in d. l. si olei circa princ. à qua parum, aut nihil, distat Gregorius Lopez de Madera dict. cap. 15. anima vers. & Pichard. in dict. princ. instit. de locat. & conduct. num. 29. & seqq. quem emixè laudat Oluvald. ad Donell. cap. 6. lit. l. & seqq. Hieronym. Treutler. d. thes. 3. lit. G. in fin. existimant ergo plerumque mercedem in pecunia numerata consistere, interdum tamen in fructibus rei locata. Itaque (ut exponit Madera) in locationibus faciendi, veluti fruendi, resiciendi domum, operarum, & similibus, mercedem nisi in nummis consistere non possent locationibus vero fruendi posse etiam in fructibus præstari, vel in parte fructuum aliqua, veluti si dominus locet pro tertio, vel quarta fructuum, qui ex fundo percipiuntur, vel pro certa modiorum, aut metretarum quantitate. Prima locatio fuit paritaria, cujus sit mentio in l. si merces 25. §. ubi major 6. l. & hæc distinctio 35. §. ult. ff. locati, l. si pascenda 8. ff. de pact. Hæc summâ claritate ut solet Retes, qui naturam coloni paritarij explicat & exornat ibidem in seqq. num. & quia ab eò relatis desiderari & peti poterat ratio differentiarum, quare in locationibus faciendi merces constitutenda sit necessariò in pecunia numerata; in locationibus verò fruendi sufficiat eam constitui in parte fructuum nullam enim præstant, & ego illam dum vixerit Author, quotidie desiderabo; neque ulla lege probant distinctionem suam, quam etiam obiter contemnit novissimè Joan. Vullsembechius disp. 36. n. 4. hæc sequentia addidit dict. loc. num. 8. Non inficior posse etiam mercedem in alia re quacumque intervenire, si expressè inter contrahentes actum sit, ut sit locatio, & conductio contractus, non alius, nec alius generis: quoniam emptio & venditio, cujus pretium consistere debet in pecunia numerata, §. item pretium 1. instit. de emp. & vendit. l. naturalis, §. 1. de præc. verb. l. pretij 9. C. de resc. vendit. etiam rectè contracta intelligitur, si alia quocumque

res loco pretij data sit, l. 1. C. de rev. permutat. de qua agam latius paulò inferius, l. fundi 79. de contrah. empt. l. tenetur 6. §. 1. de action. empt. quoniam actum intelligitur, ut res succedat loco pecunie. Itaque possem etiam dicere supponendum esse in dict. l. si olei 21. & similib. expresse inter contrahentes convenisse ut loco pecunia pro mercede daretur; quæ interpretatio placuit cuidam de nostra jure optimè merito, nec mihi displicet quia non tam divinatur, quàm supponit casum, quem preti Imperator, &c. quod & nos facimus, dum supponimus certam olei ponderationem, de qua agit Imperator in d. l. si olei 21. fuisse ex fructibus, quos prædictum ferebat utramque itaque sententiam veram putamus, quoniam & hæc postrema consuetudo hodierna commendatur: vidimus enim quotidie pro salibus, & pascens præstari mercedem in frumento, aut hordeo: neque minus locationem dici, quàm si pro agris agnus daretur aut quàm si præberetur pecunia numerata. Hæc ad litteram scripsimus ex Retes, quia mihi visum fuit clarioribus verbis per me ejus sensum exprimi non potuisse, claritatem enim ejus quotidie laudo.

Mihi tamen hanc controversiam assiduis meditationibus, & vigiliis cogitanti sola visa fuit recta sententia eorum, qui affirmarunt locationem nullam contrahi posse, ita ut locationis nomen mercatur, quin merces constituitur in pecunia numerata. Quam sententiam expresse affirmat Ulpianus in dict. l. 1. si quis servum 9. ff. de positi, in his verbis: Si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo quem in pistrinum accipiebat. ex locato me agere posse, si opera quod ejus servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati, & conducti intervenit: sed quia pecunia non datur, præscriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quàm cibaria præstabat, nec de operis quidquam convenit, depositi actio est. Quibus unicuique contractui propriam actionem designans, ait Consultus, locationem non esse, ubi pecunia pro mercede non solvitur, sed dari præscriptis verbis actionem. Paulus etiam Jurisconsultus in dict. l. naturalis §. 2. ita ait, Pecunia data locatio erit, quæ verba rectè ponderarunt Authores adducti supra num. 3. Idem Ulpian. in l. si gratuitam 17. §. si cum bovem 3. eod. tit. de præc. verb. ad propositum nostrum sequentia scripsit: Si cum unum bovem haberem, & vicinus unum: placuerit inter nos ut per de nos dies ego ei, & ille mihi bovem commodarem, ut opus faceret; & apud alterum bos periti commodari non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum præscriptis verbis agentum est, ubi contra sensum Retes, & eorum, quos ipse sequitur ponderanda sunt in hoc textu illa verba: Placuerit inter nos, ut per de nos dies ego ei, & ille mihi bovem commodarem, manifestat enim inter contrahentes id expresse actum fuisse, ut illa conventio pro commodato haberetur: & hoc non obstante Consultus respiciens naturam commodati conservari non posse in eo pactionis genere quia commodatum est datio rei gratis utendæ §. item is 2. in fin. instit. quib. mod. re contrahit obligat. illi conventio, qua vertitur utriusque alterata utilitas, & interesse, quasi contractui incerto præscriptis verbis actionem solam Consultus accommodavit, dicens ei commodari actionem non posse pertinere, nullâ alia ratione, quàm quia (ut ipse ait) negotium, quod ibi contractum fuit, gratuitum non fuerit: quod præcisè necessarium est ad commodatum constituendum: commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum. Et certè miror (quia nullibi inter Consultos

fultos, cujus ego meminerim, tale scriptum inveni) quod affirmetur per contrahentium voluntatem effici posse, ut illa conventio, quæ vi naturæ alijus contractus naturam conficit, possit alterius ab eo distincti contractus formam constituere: quia si per jus gentium contractus omnes distinctissimi sint inter se; & omnes, in quibus necessaria est conventio, ita suam speciem constituunt per conventionem, ut ab altera omnino differatur, quo modo poterunt contrahentes efficere, ut conventio per jus gentium destinata ad unum solum genus contractus alteri contractui adaptetur? Exemplo hæc aperiamus, si contrahentes emptionem & venditionem, pactum tale adhibuisset, nempe volumus ut hæc conventio habeatur pro locatione, & conductione; ex eo erit minus emptio, & venditio? Minime posse hoc dici necesse est, ut fateamur, quia conventio, & cetera adminicula, quæ propriè conveniunt emptioni soli, & illi jus gentium illam formam specialiter tribuit, ullo pacto non poterunt alteri contractui accommodare, quin juri gentium derogetur. Ergo supradictus Author conventionem illa, quæ sola apta est ad contractum incertum constituendum, puta ubi merces non est in numerata pecunia, sed in alia re; quomodo poterit adaptari contractui locationis, ut aperte colligitur ex *di. l. si cum unum bovem*; certum enim est contractus nominatos à contractibus innominatis non solum nomine, sed etiam substantiâ conventionis differre, ut passim hoc lib. docuimus. Hæc quia plusquam manifesta, sunt, sensum superiorum Doctorum nolumus acius impugnare.

6 Majus negotium continet (licet apud me non magis verum, ut tetigi supra *num. 2.* fundamentum illud, quo nituntur contrariæ sententiæ Authores in *di. l. si olei 21. C. locati*, ut credant propriè locationem esse posse etiam mercede constituta in alia re, quæ non sit numerata pecunia: dicunt enim actionem, quæ datur in *di. l. si olei* esse bonæ fidei, quæ non potest provenire ex contractibus incertis. Ratio, quàm tradunt, hæc est; quia nulla actio præscriptis verbis est bonæ fidei præter æstimatoriâ, & eam, quæ provenit à permutatione. Quæ sententia ut reprobetur, majori impugnatione non indiget, quàm illâ, quæ à nobis tradita fuit supra hoc lib. *cap. 4. n. 24.* aliqua tamen dicemus nunc, quæ ibi omisimus, & promissimus. In antiquis ordinariis judiciis, quibus præter formulam judici à se dato præscribatur, extra quam cognoscere, aut judicare iudex non debebat, *l. actio 47. ff. de negot. gest.* per formulam, seu stricti iudicij, seu bonæ fidei desinebatur officium iudicis, cui mandabatur cognitio facti illius, de quo controversia erat. Ea cognitio sic per prætoriam iudici data plenior erat nomine bonæ fidei, quia erat ejus totius, quod actum fuisset inter contrahentes: bona fides enim omnino est bene agi, quod inter ipsos bene convenit, *l. ex empto 11. ff. de action. empt. l. nihil. consensui 116. ff. de regul. jur. l. qui 7. ff. de negot. gest. l. non utique 2. §. ultim. ff. de administr. rer. ad civitat. pertinent.* Formula bonæ fidei sic concipiebatur, *Si paret Gaium Seium Caio Sempronio fundum Cornelianum vendidisse, quid Gaius Seius Cai o Sempronio ob eam rem ex fide bona dare facere oportet, in id eum condemnare iudex.* Et quia in hac formula nomen bonæ fidei commune est utriusque contrahentis, & promissum de eo, quod à litigantibus inter se ex eadem causa præstandum est; idem in iudicando quidquid Caio Sem-

pronio Gaius Seius præstare oportet, cognoscendum quoque erat prius, si quid è contra Gaius Seio ex eadem causa præstandum esset à Caio Sempronio, quasi tantò minus debere Gaius Seius: verbi gratia, si Caius Sempronius nondum pretium solvisset, aut si aliquam necessariam impensam Gaius Seius circa fundum fecisset post venditionem ante traditionem, *§. in bona fidei 30. Compensationes 39. Instit. de action. l. illud sciendum 29. §. ult. ff. de ad. edict.* & idem iudicium hoc dicebatur bonæ fidei, & etiam contractus bonæ fidei, quia Prætor in formula, sive actione, quam præscribere solebat, adhibebat hæc verba: *Ex bona fide iudicatio.* Cicero *3. de Offic. & in Topic.* Valer. Maxim. *lib. 8. cap. 2.* quorum locorum verba refert Joan. Borcholt. *de verb. oblig. cap. 7. n. 88. vers. dicitur.* & facit text. in *l. non debet 11. ff. de dolo.* De hac formula, & de illa, quæ observatur in iudiciis strictis, vide plurima rectè scripta apud Doctorem Athanasium Otceiza, & Oiano in *juo Paralipom. lib. 2. c. 9. n. 29. & seqq.*

Formula verò stricti iudicij concipiebatur strictè nam in hac non adhibebatur illa clausula *ex bona fide*: unde cum detracta sit bonæ fidei mentio, statim cognoscitur actionem stricti iudicij esse, sive per eam certum petatur, sive incertum. Illius formulæ concipiendæ forma talis erat, *si paret Gaium Seium Caio Sempronio centum promississe, condemnare eum iudex l. stipulationum quadam 74. cum l. seq. de verb. obligat.* In qua formula iudex datus non poterat cognoscere, an Caius Sempronius Gaius Seio vicissim quid deberet; quia nomen promittendi absque mentione bonæ fidei non ita promissum est de eo toto, quod inter eos actum sit, *tit. instit. de obligat. ex consensu in fin.* In actionibus bonæ fidei prima, & præcipua regula est ut sit ultro citròque actio; quia oritur ex bono, & æquo: quod quidem æquum, & bonum æquale est utriusque contrahenti, ut in causa inter duos, vel plures communi, *l. Julian. 1. §. si procurator 25. ff. de act. empt. l. præterea 3. §. 1. ff. mandati instit. de obligat. ex cons. in fin.* Unde sit, ut omnis actio ex stipulatu stricta sit, ex eo quod promissor tantum debet stipulanti, non etiam stipulatori promissori, itaque omnis conditio certi stricta est, etiam si petatur ex empto, vendito &, cæteris bonæ fidei contractibus: ratio est, quia quod certum est, non patitur ullam cognitionis communionem inter actorem & reum: neque cognitio iudicis aliquid de petitione minuere potest. Omnis verò actio bonæ fidei incerti est, licet non contrà omnis incerti actio etiam semper bonæ fidei est, supra *cap. 8. num. 7.* Unde cum omne incertum simpliciter æquum, & bonum contineat, cognitionem iudicis patitur, quia æquum & bonum non potest fieri certum nisi tantum arbitrio iudicis illud decernentis, *leg. certum 6. ff. de reb. credit. leg. stipulationum 74. ff. de verb. obligat.* Denique omnis causa, & ratio bonæ fidei est, in qua ultro citròque dandum, vel faciendum est: nam ex utilitate, & commodo, quod quisque sentit, sumimus occasionem imponendi oneris eidem ex æquitate, & è contra *l. secundum 10. l. ex qua persona 149. ff. de regul. jur.* & hæc est tota, & unica ratio formalis, qua nituntur actiones bonæ fidei.

Ex quibus aperitissimè constat actiones omnes præscriptis verbis esse bonæ fidei, ut traditur in *l. ait prætor. 2. §. 1. in fin. ff. de præcar.* in his verbis: *Sed etiam præscriptis verbis actiones, quæ ex bona fide*

fide oritur: & non hæc duæ solum, æstimatoria nempe, & ea, quæ ex permutatione nascitur. Et quod actiones præscriptis verbis omnes præcisè debeant esse bonæ fidei habent ex eo, quod conveniunt omnino ex contractu, qui ultro citròque parit actionem ad petendum id, quod incertum est, id est quod interest, *l. iuris gentium 7. §. sed etsi 2. ff. de pact. & alia leges, quas retuli supra hoc lib. cap. 4. num. 24.* Quomodo hæc actiones sint bonæ fidei probatur etiam evidentissimè ex *l. Titius 24. ff. de præscr. verb.* (quem textum satis abundè explicatum habens in *cap. super. numer. 6.*) ibi enim affirmatur, quod usuræ, quæ in strictis iudiciis non veniunt absque stipulatione, ibi: *Respondit pecunia quidem credita usuras nisi in stipulationem deductas non deberi*, illæ ipse veniant sine stipulatione in actionem præscriptis verbis, quamvis illa actio non sit æstimatoria, seu illa, quæ provenit à permutatione rerum quia negotium, quod in *di. l. 24. contractum* est, neque permutatio est, neque in eo res æstimata vendenda data est, quod requiritur, ut sit actio æstimatoria, *l. 1. ff. de est. mat. act.* Itaque cum in actione præscriptis verbis omnino distincta ab his duabus actionibus veniant usuræ ut ex pacto, sicut in aliis contractibus bonæ fidei, *l. si autem 7. ff. de pignor. action. l. si pro patre 10. ff. de in rem vers. l. qui negotia 34. in fin. princ. ff. mandati, l. Publia Mævia 26. §. 1. ff. depositi l. eum quidam 17. §. ex locato 4. l. mora 32. §. 1. l. videamus 38. §. si actionem 7. ff. de usur. l. in initio 5. C. de pact. inter empt. & vendit. compos. Paul. lib. 3. sent. tit. 12. sent. 2.* Inde est, quod præscriptis verbis actio sit bonæ fidei, nam si stricta esset, usuræ in ea non continerentur absque stipulatione.

In contractibus, in quibus non est ultro citròque obligatio, idem non debentur usuræ sine stipulatione, quia ubi de obligando agimus, debemus esse propensiores ad negandum obligationem, si ad id occasione habeamus: ubi vero agitur de liberando, propensiores sumus ad liberationem, *l. Arrianus 47. ff. de obligation. & action.* Itaque in stipulationibus, cæterisque contractibus in quibus non nascitur mutua obligatio, manifestum est non deberi usuras ex nuda pactione, sicut nec debentur fructus rei, quæ deducitur in stipulationem, si tempore stipulationis fructus fuerint. Ratio est, quia quidquid adstringendæ obligationis est, in eo semper (si jas patitur) debitorum, cui non vicissim debetur, relevamus *l. stipulatio 28. §. in stipulationibus 18. l. filius familiaris 38. §. 1. l. quidquid 99. ff. de verb. obligat. l. si stipulatus 4. ff. de usur. l. ratio 3. §. 1. ff. de action. empt.* Quando verò reciproca est obligatio, non debemus esse propensiores ad negandam obligationem, quàm ad aliumandam, quia nihil uni concedimus, quod alteri negemus: itaque eandem utriusque causam ex æquali adæquamus: exempli gratia si venditori damus usuras pretij ex conventionione, vel mora; etiam emptori fructus rei venditæ applicamus, quia utriusque pariter favore debemus; *l. illud 39. cum l. seq. ff. de ad. di. l.* quod omne decernimus sic ex commodo cuiuscumque contrahentium, ut secundum illud etiam occasionem imponendi oneris sumamus, ut dixi supra *num. 7.* Hæc ipsa ratio bonæ fidei causas plerisque efficit, qualis fuit illa, ut tutelæ libertorum ad patronos pertinerent, ex eo quod lex *12. tabul.* hereditates libertorum patronis ab intestato dedit, *tit. instit. de leg. patronor. tutel. l. tutela* D. Hieron. de Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

3. ff. legit. tutor. sicut etiam illud, quod libertas datur servo ex argumento tutelæ, & hereditatis eidem in testamento data *l. hereditas 10. §. ut. l. quæro 32. §. ult. de testam. tutel. l. 1. & 2. C. de necessar. serv. hered. instit. & alia plurima, quæ passim occurrunt.*

Ex his, quæ diximus, elegans interpretatio præparatur ad text. in *fideicommissi 3. §. nonnunquam 2. ff. de usur.* ubi dicitur ex fideicommissio usuras deberi, quamvis non fuerint relicte nominatim: tamen id non obstat ei; quod diximus in bonæ fidei iudiciis solum deberi usuras absque stipulatione, in strictis verò iudiciis nequaquam nisi ex stipulatione; quia quamvis actio fideicommissorum non sit bonæ fidei, attamen nec stricti juris est, sed tantum persequutio extraordinaria, in qua nihil certum est, nihil reguare, unde possit deduci aliquid, & adaptari ad iudicia ordinaria, in quibus nulla alia exercetur actio, nisi illa quæ sit, vel bonæ fidei, vel stricti juris: & nihil est in actione extraordinaria, quod non sit extraordinarium, *l. pecunia 178. §. actionis 2. in fin. ff. de verb. signif. Ulpian. in fragm. tit. 25. §. fideicommissa 12. Cujac. lib. 7. respons. Papin. in l. salarium 7. ff. mandati.* In fideicommissis verò facilius fuit idem, quod in bonæ fidei iudiciis admittere, quia fideicommissa totum suum esse sumunt ex nuda voluntate testatoris Ulpian. *in fragm. tit. 25. in princ.* quod perinde est, ac in actionibus bonæ fidei ex pacto in continenti appposito, nam cum verbis fideicommissi, ut ait Papinianus in *l. Titius 34. ff. ad S. C. Trebell.* verba enim fideicommissi verba mandati sunt, *§. ult. instit. de singul. reb. per fideicom. relic. Ulpian. in fragm. tit. 24. in princ. & tit. 25. in princ. l. 1. §. 2. ff. mandati, l. quidam 15. ff. de probat.* Perinde omnia in illis constituantur, ac in bonæ fidei contractibus. Voluntas testatoris in fideicommissio hæc fuit, quicquid ex bonis meis superest, post mortem tuam rogo Titio restituas, ut ea quæ bona fide diminuta sunt, in causa fideicommissi non contineantur, si pro modo cæterorum quoque bonorum diminuta sunt, ut inquit Papinianus ex decreto Divi Marci in *l. sed etsi 25. §. quod autem 16. ff. de hered. petit. d. l. Titius 54. ad Trebell.* Eodem modo quod ex fructibus supererit jure voluntatis restitui oportebit, quod etiam de usuris intelligendum est post moram in restituendo factam, si pecunia relicta fuerit, *l. usura 34. ff. de usur.* Et hæc ita colligit Papinianus in *d. §. nonnunquam,* ex ea ratione sola, quæ facit ut in bonæ fidei contractibus sine stipulatione usuræ debeantur: unde efficit Consulatus ut ex eo quod in causa fideicommissi heredi cæpit favere in eo, quod non teneatur præstare ea, quæ bonâ fide per eum diminuta fuerint; etiam æquum visum fuit, ut in eodem fideicommissio, & in eadem causa etiam vicissim eum onerari, nempe ut usuras post moram, vel fructus qui superessent in hereditate, post ejus mortem restitueret. Paul. lib. 3. sent. tit. ult. sent. ult. *l. si quis servo 84. ff. de legat. 2. l. scribit 33. ff. ad S. C. Trebell.* Ex his aperte cognoscitur quàm malè interpretes id, quod ex causa bonæ fidei habet fideicommissum, præcipiant contra bonam fidem: & ex eo quod dicatur, bonæ fidei actionem parere usuras ex mora, deducant idem etiâ in strictis iudiciis aliquando contingit. Sic magis subtiliter explicatur *d. l. 3. §. 2. ff. de usur.* quàm modo, quo Donellus eum explicuit *lib. 7. comm. jur. civ. c. 27. & Cujac. lib. 19. quest. Papin. in d. l. Titius 54. ff. ad S. C. Trebell. & lib. 12. observat. c. 10. Doct. Joseph Fernandez à Retes in notis ad Claud. in l. matrem 80. ff. eod. tit. ad Trebell. & D. Simon de Villalobos in paradoxa civil. philosoph. periphrasi 12.* Neque obstat

L. ult. §. praterea 2. C. de iur. dot. quia ibi Justinianus nominatim hoc constituit, quod alioquin futurum non erat, ut sine stipulatione deberentur usurae: ex quibus nemo non videt imprudenter sumi argumentum ad probandum in structis iudiciis plerumque ex pacto deberi usuras; quod tenaciter negandum esse patamus.

11 Alio etiam argumento probatur praescriptis verbis actiones bonae fidei esse: nam Ulpianus in *L. iurisgentium 7. in princ. ff. de pact.* ait iurisgentium conventiones est onem parere, quod intelligendum est etiam de usuris, sicut de alia qualibet re, de qua inter contrahentes convenerit: & si quis de usuris id concedere nolit, det nobis rationem differentiae, quotidie enim illam desiderabimus a peritioribus. Uterius idem Consultus in *dist. l. 7 §. sed etsi 2.* docet eas conventiones actionem, & civilem obligationem parere, etiam si in alium contractum proprii nominis res non transeat, si modò subit causa: & exemplum tradit non solum de permutatione ibi: *ut puta, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, sed etiam aliud de alia specie, nempe dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, ubi datur causa faciend: qui casus nec permutationis est, nec actionis praescriptis verbis aestimatores.* Cujus etiam in *L. in traditionibus 48. ff. de pact.* quando dicit in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestum esse, sine distinctione affirmat: & aliud dictum quasi universaliter dictum, nimis strictè saperet quicumque id intelligeret de permutatione tantum, vel re aestimata vendenda data. Denique actio bonae fidei est, quam dicitur a conventionione formari; & negotium civile bona fide gestum non potest non esse illud, cui pacta conventionione apposta insunt etiam ex parte actoris, *dist. l. iurisgentium 7. §. quinimo 5. ff. de pact. l. pacta conventia 72. ff. de contrah. empt.* Ergo qualicumque sit actio praescriptis verbis praeter aestimatores, & illam, quae ex permutatione nascitur, necesse est, ut bonae fidei sit, cum eam former conventionio. Ex quibus facile cognoscitur in *L. i. ff. de aestim. action.* mendam esse in illis verbis finalibus: *Quoties enim de nomine contractus aliquid ambigeretur, convenerit tamen aliquam actionem dari, danda aestimatores praescriptis verbis actionem, & subreptitium esse illud aestimatores, quo subducto uti volunt Hotoman. lib. 5. observat. cap. 16. Anton. Fab. in ration. ad dist. l. Corbofred. ibidem, sensus illius textus planus est; scilicet aestimatores actionem esse bonae fidei, quia omnis actio praescriptis verbis est bonae fidei: ergo contraria sententia non meruit, quod sine controversia supponeretur, cum à vero tam multum distet, ut supponitur à Reinch, Bacovio in exercitation. adversas Anton. Fab. dec. 96. err. 4. aliorum errorum urinatore.*

12 Neque Justinianus in *dist. §. actionum 28. instit. de action.* voluit aequatam facere divisionem actionum bonae fidei: neque credi potest omnes actiones; quae in *dist. §. non sunt enumeratae, esse stricti iuris, ut credit Anton. Fab. lib. 15. conjest. cap. 3. in fin.* cur enim Justinianum in *dist. §. magis, quàm in toto reliquo actionum tractatu indicabimus omnes actiones in commentarium retulisse? nam constat ex principio tit. instit. de actionib. usque ad fin.* non expressisse omnes actiones in rem, seu in personam; neque omnes rei, aut praeter persecutiones enumerasse. Item Imperator. tit. de excusat. tutor. multas excusationum species proposuit, non tamen omnes, quae hucusque in

Pandectis expressae habentur: imò neque ipsi Auctores juris eas certo numero comprehendere potuerunt, quae nunquam certo numero fuerunt, & sola equitate nitantur, *L. i. ff. de vacat. & excusat. muner. per leg. de accessionibus 14. ff. de divers. & temporal. praescript.* Itaque Justinianus in suis institutionibus omnino exponere voluit jus illud, quod antea obtinebat, & quod postea defectu inumbratum, imperiali remedio illuminatum est, *§. in quibus in proem. institut.* & ut id consequeretur in *dist. §. actionum. 28.* satis ei fuit aliquas ex utroque genere actiones designare; id est, tam illas, quae jam ante Justinianum bonae fidei fuissent, quam illas, quae bonae fidei factae sunt per ipsum Imperatorem. Ergo verius est dicere totum Justiniani opus, & propositum fuisse in toto tractatu de actionibus, & in caeteris aliarum rerum, quae in institutionibus explicantur, singularum definitionum, & divisionum aliqua exempla proponere; quod facilius ei fuit, quam omnes enumerare. Unde cum in *dist. Paragraph.* non possent enumeratè comprehendere omnes actiones bonae fidei, quia quotidie emergere possunt novae actiones bonae fidei, quarum certum numerum neque Jurisconsulti unquam tradere conati sint, aequitate enim nascuntur: quis enim equum, & bovum in universum comprehendere poterit, quod omnino facti est, *dist. leg. de accessionibus 14. ff. de divers. & temporal. praescript. l. in omni 2. ff. de iur. & fact. ignor. l. Mevia 13. §. 1. ff. de ann. legat.* Inde est, quod Justinianus noluisse omnimodo absolutam dare divisionem actionum bonae fidei. Solum possunt illae actiones regula comprehendere, & teneri, quoniam sint, quantum regula est, quod omnibus ex contractu, vel quasi contractu actionibus, unde nascitur ulro citroque obligatio; omnibus ex conventionione vera, vel ficta, quibus peteretur incertum, bonae fidei mentionem in formula addi solitum fuisse, ac proinde eas bonae fidei fuisse; quia (ut docuit) consensu, seu conventio bonae fidei iudicia bonae fidei omnino substatinet.

Hæc uberius scripti, ut adjungantur cum his, quae obiter, verissime tamen, notavi supra hoc *lib. cap. 4. in fin.* Quibus aperte cognoscitur interpretum fundamentum, quo intendunt probare veram locationem esse illam, de qua agitur in *dist. l. si olei 2. l. C. locati*, corrumpere: dicunt enim in ea lege actionem bonae fidei dari, & idèd non posse esse actionem praescriptis verbis, quia hæc est stricti iuris: ex hac verò falsissima suppositione necesse est, ut omnia, quae exinde derivantur, sint falsa. Itaque rectissime Accursius docet in *dist. l. si olei* improprie locationem dici: sic Africanus explicat in *l. & hæc distinctio 35. §. 1. ff. locati*, ubi inquit: *Si proponitur inser duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensarentur, non ait simpliciter conductum haberent, quia non simpliciter, aut proprie conductio est; sed ita scripti: Conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensarentur:* Cujus verus adiectio nihil aliud respicit, quam ut interpretetur non esse proprie locationem, sed contractum innominatum esse. Sic etiam partiarius dicitur colonus ille, qui locius est ex societate, non colonus ex locatione in *leg. si merces 2. §. vis major 6. ff. locati, l. cum duobus 5. §. nrum 2. versic. si in coemenda, ff. pro*

ff. pro soc. quam non esse proprie locationem rectè tradunt Bartol. in dist. §. vis major Angel. princ. instit. de locat. & conduct. Co. an. l. b. 7. comm. cap. 11. num. 1. & 13. Joan. Garc. de expens. cap. 14. num. 2. 1. vide infra hoc cap. num. 24. non bene reprehensi à Doctore Josepho Fernandez à Retes *dist. cap. 5. num. 6.* ubi etiam nititur in satis à nobis reprehensio fundamento, nempe quod non possit contractus incertus esse bonae fidei, sed stricti juris. Ergo in *dist. l. si olei*, & aliis dabitur actio praescriptis verbis proveniens ex contractu innominato, non verò actio ex locatio; quia conventio illa, de qua in ea lege agitur, non est locatio, sed instar locationis, ut de contractu innominato dicitur instar mandati esse, in *L. naturalis §. utim ff. de praescript. verb. & propè depositum esse, in l. si gratuitum 17. §. si rem 2. eodem tit. de quibus vide quae scripsimus supra capite 7. numero 12. in fin.* Rectè igitur defenditur, nullam contrahi posse locationem, & conductionem, nisi merces sit in pecunia numerata: Quod & probat text. in *l. si conventio 23. ff. comm. divid. ubi ex conventionione inter socios facta datur actio praescriptis verbis, ex eo quod merces non intervenit in pecunia numerata.* Caeterum quis negabit fructuum perceptionem pro mercede esse potuisse, si in alia re, quam in pecunia mercedis locationis esse possit: neque inconveniens est, quod non partem fructuum, sed univeros fructus alterius alteruter accipiat, nam computatà alternatione annorum partitio fructuum sit: & idem dici debet de roto, ac de parte, & à converso, *l. si servus 82. ff. de acquir. hered. l. an pars 3. ff. pro devot. l. l. 1. ff. de evulsion. l. que de tota 76. ff. de rei vindic. cat.* Quibus manifestè impugnatur Giphani interpretatio ad *dist. l. 23. comm. divid.* dicentis tibi nullam mercedem intervenisse, nam fructuum perceptio, ut dixi, pro mercede esse potuit, quia de ea inter contrahentes convenit, si merces potuisset constitui in alia re quam in numerata pecunia; Sic etiam reprehendendus est Joann. Vilsenbechius *disputat. 36. numero 5* cui usque ad nauseam satisfacit supradicti Giphani interpretatio.

14 Caeterum hujus §. ac cum do, *dist. l. naturalis versic. seu certum tempus adjectum sit, & c. & versic. si illud vivo servo transierit, qui Apicibus juris plenissimi sunt, satis abundè interpretati fuimus supra libro 2. capite 6.* Nunc restat admonere, *versicul. sed si dedi tibi*, valde corruptum fuisse à Triboniano, non in eo verbo civilem, quod tollunt Duaren hoc tit. Anton. Fab. & Recentiores ferè omnes; retentà enim eà voce commodam explicationem recipit per ea, quae supra diximus hoc *lib. cap. 5. nu. 19.* sed in eo, quod distinctionem fecerit Consultus inter eum, qui dedit servum alienum sciens alienum esse, & inter eum, qui ignorans dederit: nam in eadem specie Ulpianus in *dist. l. iuris gentium 7. §. sed & si 2.* actionem praescriptis verbis dat indistinctè, sive scierit, sive ignoraverit servum, qui evictus est, alienum fuisse: & quo calu civilis, seu directa actio datur non potest moveri actio de dolo, quae omnium utilis, & postrema est, *l. 1. §. ait prator cum seqq. ff. de doi.* Itaque mihi videtur totum illum *versicul. si sciens dedi, & caetera delendum esse: si tamen hoc caeterum immane tibi videatur, & id tolerare non poteris; ex pluribus interpretum solutionibus, quas longè manu congerit Doctor Josephus Fernandez à Retes *lib. 2. opusc. sect. 1. cap. 10. num. 5. usque ad num. 10* in quo suam novam Hieron. Oroz, de Apicib. Iur. Civil.*

conjecturam aperit, elige eam, quae tibi magis placuerit

Ad hoc genus contractuum innominatorum, *2 do, ut facias, referri debet species text. in l. insulam 6. ff. de praescriptis verb. quae facilis est: Quidam vendidit insulam eà lege, ut emptor loco pretij aliam insulam resciceret: dicit Neratius non posse venditionem appellari, quae sine pretio pecuniave numerata est. Sed objici contra Neratium potest, quod possit aliud ac edere venditioni praeter pecuniam numeratam, & id partem venditionis, vel pretij esse, *l. quod si nolet. 31. §. ultim. ff. de adil. edic.* quod etiam pro vero supponit Doctor Josephus Fernandez à Retes *dict. lib. 2. opusc. sect. 1. c. 5. motus ex l. 1. C. de rerum permutat. l. fundi 79. ff. de contrah. empt. l. tenetur 6. §. 1. ff. de action. empt.* ergo in *l. insulam*, non repugnat emptioni, & venditioni conventio illa, qua pro insula accipienda refectio alterius insulae promittitur. Sed facilis est responsio, nam in *dist. l. venditio non est*, quia nulla emptio, & venditio esse potest sine nummis, *l. inter 2. §. 1. ff. de contrah. empt. l. si tibi rem 13. §. 1. ff. de praescript. verb.* vide infra hoc cap. num. 29. §. item pretium 4. institut. de empt. & vendit. *l. naturalis §. 1. ff. de praescript. verb. l. pretij 9. C. de rescind. vendit.* Anto. Fab. in *l. si tibi rem §. 1. de praescript. verb.* Donell. *lib. 13. comment. juris civilis capite 1. ubi* Osuvaldus plures referens liter. K. Alveric. in *l. 1. C. de contrah. stipulat.* Castrenf. Alexand. & Jafon. in *l. si duo patroni 1. §. Marcellus 5. de iur. jur. Joann. Borcholt. de verborum obligat. cap. 1. num. 26.* Neque obstant supradictae leges, nam in *l. 1. C. de rerum permutat.* non dicitur emptionem, & venditionem esse sed ex contractu tibi celebrato ad exemplum emptionis, & venditionis tibi competere actionem, ut consequaris quod tua interest, si in patris contractus jura successisti; id tamen consequaris actione praescriptis verbis, de qua quomodo datur ad exemplum alterius contractus in praecedentibus passim diximus quid sentiendum sit, & praecipue in hoc *lib. cap. 4. numer. 20. & seqq.* Neque adversatur *dist. l. fundi, (& cetèdè miror, ut Doctor Retes illam adducat ad probationem suae sententiae) nam ibi iusto accedente pretio, pars fundi vendita est; pretium verò in eo extat quòd certa illa pecunia, quae datur ob conductionem, est pretium venditionis; quia vilis pars vendita est, ut uberius sit merces locationis: & id, quod plus mercedis est in locatione, pro pretio emptionis est: Sine pretio nulla venditio est non autem pretij numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem, ait Paulus in *dist. leg. inter 2. §. 1. ff. de empt. & vendit.* quod unum dubitatum fuit, in *dist. leg. fundi*, cum aliqui ex veteribus Jurisconsultis negaverint, pacto pretium constitui posse; pluribus tamen placuit pretium esse, ut Cujacius docet, in *dicto Paragrapho primo.* Et in summa hoc observandum est, ut si pactio circa pecuniam est, etsi non numeretur pecunia, rectum pretium emptionis esse: Si verò pactio cadat super aliam rem, non esse emptionem; quia sine pecunia, & pretio nequit esse emptio, sed permutatio erit, *l. naturalis §. 5. 1. ff. de praescript. v. rb.* Uterius, si aliquis dicere auderet, certum pretium pecuniae numeratae fuisse, in *dist. a lege fundi*, non tamen omne iustum pretium, cui detraxit pactum illud in continentè adjectum, quod inest contractui; non repugnam, etsi pretium venditioni assignatum lege locationis posse mutaretur. Neque obtare**

potest dicit. l. 6. §. 1. ff. de action. empr. nam Neratij sententia, cuius mentionem facit ibi Pomponius, magis probat, quam impugnat, dum dicit vendita insula certa pecunia emptionem fieri; sine pecunia contractum incertum constitui: quod verum esse puto, licet Doctor Retes supradict. loc. & cap. 9. num. 2. doceat contrarium.

16 Ex eodem genere contractuum, do ut facias descendit explicatio text. in l. si tibi 7. ff. hoc tit. de prae. verb. cuius interpretatio est eadem ac l. naturalis, §. ut cum do versio, quod si tale eod. tit. Tamen in hac lege explicari debet id, quod ibi Papinianus ait, confestim agi praescriptis verbis, postquam cessaveris: qui versio intelligendum est ex regula generali omnium obligationum: nam si obligatio pura sit, statim quo tantum temporis transierit, ut poterit dari, vel fieri id, de quo convenit, agi poterit, quin prius interpelletur debitor, l. siue ingenua 2. §. confestim 43. ff. ad S. C. Tertull. si obligatio in diem est, eo praeferito statim omnino agi poterit, & tunc non expectatur ut cessatum sit, l. si duo 16 §. ult. cum l. seq. de constit. pecuni. quia dum expectatur, & labitur dies, satis cessat is, qui debet: si vero sub conditione sit obligatio, non statim post conditionis eventum agi potest, sed amplius postquam cessatum sit: nam nemo agere potest ante cessationem debitoris, & cessatio dici non potest ante conditionis eventum, cum nondum debeatur, §. sub conditione 4. infra de verb. obligat. l. cedere 213. ff. de verb. signif. l. qui hoc anno 42. l. centesimis 46. ff. de verbor. obligat. l. cum legatorum 8. cum l. seq. ff. us legator. seu fideic. cau. caveat. Cessatio enim nihil aliud est, quam aliquod temporis momentum, quod debitori largitur, antequam conveniri, vel per interpretationem in mora constitui, vel quam possit poena committi propter naturale impedimentum; l. quod dicimus 105. ff. de solution. l. 1. §. item si ita legatum 8. ff. ad leg. falcid. dist. l. naturalis 5. §. at cum do. ff. de prae. verb. l. divorzio 3. §. ff. de negot. gest. l. quid tamen 21. §. ult. ff. de recept. qui arbitram. l. non omnis 19. in fin. princ. ff. de reb. credit. l. cum quidam 24. in fin. ff. de legat. 2. l. ita stipulatus 115. §. item si quis 2. l. liber homo 118. §. 1. l. continuus 137. §. illud 4. ff. de verb. obligat. l. quoties 24. ff. de oper. servor. l. si peculium 20. §. ult. l. servus 34. §. 1. ff. de stat. liber. l. 1. in fin. ff. de pen. legat. l. si quis filium 5. §. 1. ff. de collat. bonor. §. ut insit. de inutil. stipulat. Joan. Borcholt de verb. obligat. cap. 6. num. 12. & seqq. Donell. lib. 1. §. comm. jur. civil. cap. 7. & in l. is qui 51. num. 35. ff. de verb. obligat. Oluvaldus plures referens dicit. cap. 7. ad Donell. Cujac. lib. 27. quest. Papin. in dist. l. liber homo 118. 1. de verbor. obligat. Cessatio est etiam sine mora, mora vero sine cessatione esse non potest.

17 Mora committitur ex interpellatione idonea creditoris, & debitoris post interpellationem non solventis, neque respondentis, aut satisfaciensis, l. si soluturus 39. ff. de solut. Paul. lib. 3. sent. tit. 8. in fin. Ex qua mora veniunt usurae, vel id, quod interest, in bonae fidei judiciis, vel etiam periculum debitoris circa id, quod debet. l. mora 32. in princ. & §. 2. ff. de usur. l. non amplius 26. §. 1. l. Titia 38. §. ult. ff. de legat. 1. l. si ex legati causa 23. ff. de verbor. obligat. Joan. Borcholt. dist. tract. de verbor. obligat. cap. 8. num. 73. & seqq. & num. 83. & seqq. Cujac. lib. 2. respons. Papin. in l. heres furiosus 51. §. 1. ff. de petit. hered. & lib. 3. respons. in l. die sponsaliorum 25. ff. de positi, & lib. 9. respons. in l. deducta 5. §. ff. ad S. C. Trebell. Anton. Fab. de error. pragmat. dec. 22. error. 2. num. 8. & in rational. ad

text. in l. idemque 10. §. si procurator 3. ff. mandati. Andreas Gail de arrestis imperij cap. 13. num. 2. Ulterius mora etiam nihil est, & ea plerumque pro cessatione sumitur, nisi semel incepta mora usque ad iudicium extendatur, cum purgari possit a reo, vel debitum offerendum, vel sui potestatem debitor faciendo, si omitteretur. dist. l. si duo 16. §. ult. cum l. seq. ff. de pecun. constit. l. illud 17. ff. de peric. & comm. rei vend. l. mora 32. in fin. princ. l. sciendum 21. l. si quis solutioni 24. ff. de usur. l. prior 2. §. ult. ff. quib. ex cau. in possess. eat. l. si reus 7. §. ff. de procurat. l. interdum 73. §. ult. l. insulam 84. l. si servum 91. §. sequitur 3. ff. de verb. obligat. & ita Andreas Gail ubi proximè & lib. 1. observat. observ. 24. num. 3. ait, quod iudicatur esse in mora, qui litigare magis quam rem restituere maluit.

Denique notandum est ante moram agi posse, imò potius nunquam non ante moram agitur, cum nulla sit mora ante litem contestatam, nisi perseveret actor interpellando; vel omnis mora purgari possit: quod pertinet text. in l. in emphyteusicariis 2. C. de jur. emph. l. in fideicommissi 3. ff. de usur. ante cessationem vero agi non potest: & hoc sine dubio perstringit Consultus in dist. l. mora, cum docet quaestionem de mora magis facti esse, quam juris: & eorum, quae facti sunt, neque certa definitio, neque certum principium, aut certus, & determinatus intellectus haberi potest, l. de accessionibus 14. ff. de divers. & temporal. praescript. l. in omni 2. ff. de jur. & fact. ignor. Neque in ista quaestione de cessatione, & mora distingui debet, utrum causa dandi sit, an vero faciendi, d. l. quod dicimus 105. ff. de fo. ut dicit divorzio 3. §. ff. de negot. gest. Et si aliqua distinctio est, haec sola inveniri potest, quod majus spatium temporis requiratur operi faciendo, vel inchoando, quam solutioni: & ita etiam in petendo eo, quod faciendum est, majus spatium reo dari debet, quam in petendo eo, quod in dando consistit: Unde res, quae pure debentur, & dari debent, ferè semper dicuntur statim peti posse, §. omnis 2. institut. de verborum significat. quasi tam brevis momenti ratio, de qua agitur, in dist. l. quod dicimus, in jure negligenda sit: quae vero facti sunt, de his statim agi non potest, sed ratio longioris spatii, quo fieri possint, habenda est, l. si ita 14. l. si insulam 84. ff. de verborum obligat. Ceterum quae iam facta sunt, quae necessariam habent interpellationem, seu quod boni viri arbitrari fieri debent, veluti collatio bonorum à filio emancipato facienda, d. l. si quis filium 5. §. 1. ff. de collat. bonor. vel facta, quae debentur ex commodo creditoris, qui idem prius indicare, vel significare debet quando velit sibi solvi, ut operæ à liberto debitæ ex commodo, & utilitate patroni, l. si quis 13. §. iudicium 2. l. quoties 24. ff. de oper. libert.

Species l. si tibi rem 13. ff. de prae. verb. etiam 19 ex hoc genere contractus, do, ut facias, descendit: nam ibi res data tibi est certo pretio vendenda, hac lege, ut si plures vendere poteris, vendas; & illa summa, quae pretium destinatum excesserit, tua sit: hic contractus innominatus est, nam ex post facto apparet id, quod plures diligentia tuâ vendidisti, me tibi dedisse, ut venderes; id est, ut faceres; & tunc videtur illa mercede hujus rei operam à te conduxisse: si vero non plures venderis, tantum videbor te, ut venderes, mādasse: mandatum tamen non est, quia gratuitum esse debet, l. 1. Digestis mandati, neque locatio, quia à principio neque gratuitum est, neque non gratuitum hoc negotium, sed sub conditione pendet, utrum eorum sit: &

& idem cum non tam exitu, aut casu, quam ab initio, seu à conventionione contractus formam accipiant, ut abundè docuimus supra lib. 2. cap. 6. num. 18. & alii in locis, hoc negotium, de quo in dist. l. 13. agitur, mandatum neque locatio esse non potest. Magis tamen dubitari potest, an societas sit, nam illa consistit, etsi non certum lucrum à principio constituitur ei, qui in societatem nihil praeter operam confert; dum tamen aliquo eventu futuro utilitas aliqua possit sperari: itaque cum in hac specie commodum sperari possit, eo nempe casu, quo plures venderit; hoc genus negotii non videtur societati repugnare. Et id meo videri Vlpianus affirmare videtur, cum dicat societatem non esse, quia non videat animum contrahendæ societatis me habuisse, & te non socium distractionis admisisse, sed tantum ut insolidum dominus certum mihi pretium exceperit: & quod reliquum fuerit in mercedem ejus operæ, qui rem vendidit, dedisset. In societate distractionis uterque nostrum dominus est, & non tantum nomine meo venderes, sed etiam tuo si plures venderes: nomine meo pro parte mea, ejus plures nomine tuo, ejusdem pro tuâ parte: Unde tu non accipere à me tuam partem, sed ambo acciperemus ex communi lucro: nam id, quod mihi pertinet ex assignato pretio, meum est: id, quod pretium illud excessit ex diligentia tua, tuum est. Tamen in hoc textu extra societatem tu mihi negotium geris, cum rem tibi à me datam vendis, pretiumve recipis, ita ut ipse videat vendere, & pretium recipere: tu vero cum tibi habeas id quantum plures venderis, id à me habere, à me accipere videris: Hoc tamen notandum est, rationem hanc Ulpiani tantum conjecturæ esse, non vero juris.

20 Quo evenit, ut siquis objiciat in dist. l. si tibi rem, nihil proponi contrarium, quominus videat te socium distractionis admisisse, aut utraque nostrum habuisse animum societatis inveniendæ, ei non repugnabo: nam in simili specie idem videtur fieri Ulpian. in si margarita 44. ff. pro soc. ubi non ob solutæ negat societatem esse, sed tantum distinguit de animo contrahendæ societatis: ait enim ibi: Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea decem venderes, redderes mihi decem; si plures, quod excedit, tu haberes: mihi videtur, si animo contrahendæ societatis adsum sit, pro socio esse actionem, si minus praescriptis verbis: quod videtur confirmari etiam ex l. nam cum 31. eod. tit. Sed tamen dicendum est in dist. l. si tibi rem, ad Sabinum tantum notate, & juxta ejus sententiam scribere: Sabinus verba sunt à princ. usque ad vers. quia ut mandata, ubi Ulpianus prosequitur inquirens rationem, cur Sabinus dixerit neque mandati, neque pro socio actionem esse: ibi Ulpianus se agit interpretem Sabinus: in dicta vero l. si margarita, suam ipse sententiam Ulpianus profert, cum ait, mihi videtur; ut interpretes officio suo satisfecit, cum rationem Authoris sui exposuit, suo non debet intelligi suæ ipsius sententiæ voluisse praedjudicare: & ita ille text. in dist. leg. si tibi rem, intelligendus est secundum, leg. si margarita. Sic idem Ulpianus nihil quam Marcelli sententiam recitat in l. filiusfamilias 14. ff. de reb. credit. Juliani vero contrarium in l. sed & si §. ult. ff. ad S. C. Macedon. Sic in l. 1. §. per contrarium 10. in fin. ff. de dot. praeleg. Sententiam Juliani tantum explicat: in l. 1. §. in alienatione 6. ff. quando de pecul. act. annal. sit suam. Sic etiam in l. qui servandarum 14. §. sed & si 2. ff. de prae. verb. Sabinus sententiam, & Pomponij notam refert: tamen in l. si servus 27.

§. si quis de manu 21. ff. ad leg. Aquil. suam sententiam exprimit. Eodem modo in l. si servum 5. ff. si ex noxal. action. agat, refert sententiam Sabinus, & in l. 1. ff. de pen. suam profert. Denique quia non agitur de repetitione rei suæ, vel ejus aestimatione, in d. l. si tibi rem, sed de petendo pretio, quod aliud distinctam est ab ipsa re; idem actionem in factum interpretare debemus praescriptis verbis actionem, ex d. l. si margarita 44. ff. pro soc.

Ad idem genus contractuum, do, ut facias, referendus est textus difficilis, in dist. l. si tibi rem 13. §. Julianus 1. ff. de praescript. verb. quem per partitionem versiculorum apertius explicabimus. In principio §. ait Julianus, quod si tibi dedero dominium areæ meæ eâ lege, & conventionione, ut insula ædificatâ partem mihi reddas, non esse emptionem: ratio est; quia loco pretij accipio partem rei meæ, & nulla emptio est sine pretio, ut passim in hoc tractatu docui, ex l. inter 2. §. 1. ff. de contrab. empr. & rursus nullum pretium sine pecunia numerata in emptione esse potest. §. item pretium 4. infra de empr. & vendit. & quæ supra scripsimus hoc cap. num. 15. Itaque ut dixi in princ. l. si tibi rem, pretium ex venditione acceptum novè mihi acquiritur. Sic etiam partem insulae etiam acquirō: & licet ibi dicatur, partem meam recipio, hoc idem dicitur, quod eam excepi de areâ, dum adhuc mea esset; simili modo atque in princ. l. certum pretium excepi jure dominij, quamvis pretium non esset meum: quare idem mihi praestat lex, quam dixi in tradenda re mea, ac praestat animus meus rei retinendæ, cum ab ea discedo nomine ad eam relicto: ita ut quemadmodum reversus nunquam videor ab ea discessisse l. clam 6. §. 1. l. si id quod 25. §. 1. ff. de acquir. possess. unde profectum fuit, ut solo animo retineretur possessio dist. l. sic recipiendo rem meam, quam alienavi eâ pactione, ut mihi redderetur; videor nunquam eam alienasse, l. qui sic solvit 55. ff. de solut. l. si tibi 20. ff. de reb. credit. l. ob res 20. §. 1. ff. de pact. dotal. Ergo in hac specie non est emptio, quia in pretium non recepi pecuniam, ut docui hoc cap. dist. num. 15. ex dist. l. inter 2. §. 1. ff. de contrab. empr. l. naturalis 5. §. at cum do 2. l. insulam 6. ff. de prae. verb. Neque mandatum est, quia negotium, quod actum est in dist. l. si tibi rem §. 1. non est gratuitum, & mandatum gratuitum esse debet, ut dixi supra hoc cap. num. 19. l. naturalis 5. §. ult. & dist. l. si tibi rem in princ. ff. de praescript. verb.

Prosequitur Consultus hoc modo: Neque societatem esse, quia nemo societatem contrahendæ rei suae dominus esse desinit: Quem versiculum sic interpretatur Accursius, in totum scilicet, in partem autem desinere potest, l. v. Digestis pro soc. hic vero desinit dominus esse insolidum tradendo: Quo vult, ut in hoc loco societatem contrahendo dominium si non in totum, at cerè in partem rei suæ esse desinere possit: quem rectè reprehendit Anton. Fab. in rational. ibid. & ipse Ulpianus dum in fine l. ait, societatem in ea tantum parte contrahi, cujus dominium translatum non fuerit, si fortè unius partis dominium translatum sit, alterius vero partis translatum non sit: Consultus verba sunt hæc: Idem est partis urea dominium translulerit, partis non; & eadem lege ædificare passus sit. Ex quibus sic conficio argumentum: vel Accursius, & qui eum sequuntur, credunt in ea parte, cujus dominium translatum est, contractam fuisse societatem: hoc nequit dici, quia apertè repugnat Ulpiano, qui manifestè docet dominium ejus partis, in qua consistit societatem, translatum

tum non esse: vel credunt societatem initam in ea parte, cuius dominium non fuit translatum: id Accursij mente alienum est, qui vult socium in partem rei suae dominium esse desinere posse; & in hoc §. idem socium non esse, qui in solidum dominium esse deserit rem tradendo: ergo dicendum est idem societatem non esse, quia omnis dominij translatio est societati contraria: & ibi solidam societatem admitti, ubi nulla translatio dominij facta est, uti fateretur Ulpianus in *fin. dist. §. Uterius in eo casu*, quod dominium translaturum sit, non est societas aedificationis, sed dominij est: idque Ulpianus demonstrat, dum dicit: *sed passus sit se sic aedificare*, nam si dominium communicatum esset, & socius dominij in sua area edificaret, nihil socio aedificaret, neque patientia eius ad aedificandum indigeret. Neque obstat dicere quod etiam in eo casu, quo dominium communicatum esset, socium non posse omnino aedificare suo iure, neque aliter posse, quam si alter socius veller: quod licet verum sit, tunc tamen non daretur actio, pro socio, aut ex conventionione, de qua loquitur in *dist. §. Julianus*, sed potius danda esset actio communi dividundo, *l. in re 26. cum l. seq. §. 1. ff. de servit. urbanor. praedior. l. si ades 12. l. Sabinius 28. ff. comm. divid. Anton. Fab. in jurispr. Papii. tit. 12. princ. 3. illat. 2. & princ. 6. illat. 7.* quae quidem actio in hac specie dicitur §. *Julianus* inepta, & infructuosa esse, cum domino possit reddi areae suae pars tantum, & nondum aedificata: alter vero socius lucraretur partem suam; itaque nullo modo esset societas, sed mera donatio. Unde apparet, quod quemadmodum communi dividundo actio contraria omnino sit societati, & communioni: sic etiam in hoc loco translatio dominij ab initio societati aedificationis sine dubio contraria sit.

23 Denique si pars aliqua dominij translata esset ea conventionione, ut in tota area aedificaretur, non erat necesse pacisci, ut insulae aedificatae pars redderetur, cum id etiam sine conventionione esset ex ea ratione, quod nemo cogatur manere in communione, *l. si non sortem 26. §. si certum 4. ff. de cond. indeb. l. ult. C. comm. divid.* ergo superflua esset conventio in specie, qua pars dominij areae translata fuit: quod si non convenerit, & pars insulae aedificatae redderetur ei, qui dedit dominium partis areae, ut in tota area aedificaretur: Tunc & si is non patiarur, ut aedificetur, aut communi dividendo agatur & se ipsum commodo aedificationis priveret, & tamen partem areae dedisset, id certe donasse esset, postquam praesentiter non posset dominio partis areae semel translato: nam de area, quae jam data esset, ex parte eius, qui eam accepisset, nullum velamentum societatis esset, nihilque vicissim suspensa, & pendenti aedificatione in societatem contulisset. Itaque haec omnia, *sed passus sit se sic aedificare* absurda essent in ea specie, qua partis areae dominium translatum esset: in eo vero casu, quo dominium non fuerit translatum, si conventio interponatur, ut alter aedificaret in area alterius, & insulae aedificatae partem acciperet, nihil ex dictis obstat; & dominus areae alterum aedificantem pari debet, & si non patiarur, non erit actio communi dividundo, sed pro socio, qua pari cogatur: ratio est, quia nihil adhuc commune est, non solum quandiu opus consummatum non est, sed etiam antequam dominus areae, qui etiam insulae dominus futurus est consummato opere, sponte, vel coactus actione pro socio partem insulae dederit ei, qui eam aedificaverit: & tunc quia insula communicatur, id est communis sit data parte pro indiviso aedificatori, valet unuf-

quisque agere ad dissolvendam communionem, seu societatem. Itaque actio communi dividundo contraria est actioni pro socio, de qua agitur in *d. §. Julianus*: nam actio pro socio cogit ad societatem, & rem communem facit, *l. si societatem cum l. seq. ff. pro soc.* actio vero communi dividundo societatem dissolvit, & res quarum jam est societas, & communes sunt, dividit, *l. 1. & passim ff. comm. divid.* Donell. *lib. 23. comment. jur. civil. cap. 17. D. D. Martini de Larreategui lib. 4. selettar. jur. civil. disputat. cap. 14. numer. 3.*

Prosequitur Julianus aliam speciem tradens: De-
24 di tibi puerum docendum, vel nutriendum, vel pecus pascendum ea lege, ut post certos annos puer, vel pecus venderetur, & pretium inter nos communicaretur: & monet hanc speciem abhorreere ab ea, quam de area tradidit; & rationem reddit, quia dominium pueri, vel pecoris translaturum non est. In *princ. l. dixit, si tibi area mea dominium dederit*, hic vero *si puerum docendum, vel pecus pascendum tibi dederit*: In quibus notari oportet, quod verbum dare, simpliciter positum nullo adjuncto, quod moderare possit ejus strictam significationem, dominium transe ferre significet, *l. ubi autem 75. §. ultim. ff. de verborum obligat. l. ultim. ff. de cond. cau. dat. cau. non fecit*. ut alibi docuimus supra ex Doctore Josepho Fernandez à Retes *lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 2. num. 2.* sed puerum nutriendum, vel docendum, vel pecus pascendum dare, non est simpliciter dare, sed cum eo adjuncto dare aliquid faciendum in suo: & idem quando sic datur, res permanet ejus qui dedit, *l. Sabinius 20. ff. de contrah. empt. l. si quis 9. §. Celsus 5. ff. locati l. scribit 34. ff. de aur. & arg. legat.* quod non solum ita accipitur in locatione operis faciendi, sed etiam in societate, qua alius rem, alius operam, vel artem confert: Quod sentire videtur Julianus in illis verbis: *Competit igitur pro socio actio*: Quam sententiam praeter Ulpianum, qui hoc manifeste statuit, comprobari etiam videtur hoc argumento, quod qui agrum in commune sic poliendum accipit, eodem modo ac ex locatione, & conductione, etiam appellatur colonus, cum tamen verè, & realiter sit socius ex societate, *l. si merces 25. §. vis major 6. ff. locati, l. cum duobus 52. §. utrum 2. vers. si incoenda ff. pro soc. l. si pascenda 9. C. de pact. locatio enim non potest esse, nisi merces constituatur in pecunia numerata, ut ex professo contra Interpretes docuimus supra hoc cap. num. 1. & seq. & praecipue num. 13.*

Ad perfectam dicit §. interpretationem notari oportet, quod licet illa oratio Ulpiani, videlicet, *quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*, si inspicatur secundum eum modum, quo scripta est, regulam de omni societate tradat; tamen illa restringenda est ex mente Ulpiani ad societatem operæ, artis vel artificij ex parte unius, & ex parte alterius ad societatem rei, circa quam aliquid fiat; cum à principio hujus legis usque ad extremum ejus non de alia specie societatis agatur. In prima specie quaesitum fuit de societate distractionis, in secunda de societate aedificationis, in tertia de societate sumptus vel operæ pueri alendi, vel quaestus, qui ex his reddendus sit, & haec statuit, Consulatus, quando puerum, vel pecus dedit sine translatioe dominij: si vero puerum, vel pecus dominij tui fecero; idem quod de area dixerat, dicendum esse docet. *Quid ergo est?* inquitrens de actione, quae competit, inquit, *in factum putat actionem Julianus dandam*: & hanc in factum actionem Ulpianus interpretatur civilem, cum ait, *id est praescriptis verbis*, quia est ex conventionione, seu

seu ex contractu, ut in *l. solet 15. ff. hoc tit. de praesc. verb. de qua late scripsimus supra lib. 2. cap. 6. num. 24. & seq. l. si polienda 22. eodem tit.* Jurisconsulti, etiam si actio in factum, & conditio indebiti aequè habeant naturalem praestationem, & aequè insint actioni praescriptis verbis, ut docuimus in *dist. cap. 6. & hoc lib. cap. 4. n. 3. & seq.* tamen aliter utuntur actione in factum, ac conditione indebiti: nam conditione indebiti, quae etiam actioni praescriptis verbis insint, ut genus speciei, utuntur semper ad petendum id, quod certum est: & ea de causa omnino differt ab actione praescriptis verbis, quae contra semper incerti est, *l. duo 19. §. ult. ff. de precat.* Itaque si Consulatus observant, ut tunc quando certum sit per actionem in factum nihil repeti posse, quam id ipsum, quod datum, vel factum est, quod omnium minimum est, & certum; non dicant actionem in factum dari, sed certius conditionem naturalem, *l. in heredem 5. §. 1. in fin. ff. de calumn. ibi: Ubi autem conditio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem*: Quando vero incertum est, an in persequutione sit amplius, quam quod datum est, ut in *dist. §. Julianus, & l. qui servandorum 14. §. sed etsi 2. ff. de praesc. verb. dist. l. si duo in fin. ff. de precat.* & multis aliis in locis, tunc non dicunt naturalem certi conditionem, ne si quid amplius, quam dedit, vel fecerit, actus interfit, ita excludant; sed in factum actionem dicunt, ut ubi opus est, ne intelligatur utilis, veluti si agatur de transmittenda actione in haeredes, ut in *l. avia 6. C. de jur. dot.* de qua abundè diximus supra hoc lib. cap. 4. num. 18. interpretationis loco adiciant, vel civilem, vel praescriptis verbis esse, ut ejus potestatem supra conditionem naturalem extollant: nam nihil obstat, ut passim docuimus, & praecipue *dist. cap. 4. num. 6. & seq.* quominus conditio naturalis, vel quid certum insint actioni incerti, veluti genus speciei, dum tamen certum sumamus uti semper est, simplicissimum, & omnium minimum, *l. si in venditione 60. l. emptori 67. l. evicta 76. ff. de evict. cujus regulam habemus in l. certum 6. ff. de reb. credit. l. ubi autem 75. ff. de verb. obligat.* Olivaud. *lib. 16. comm. Donel. cap. 15. litter. CC.*

26 Ad idem genus contractuum innominatorum, *do ut facias* referendus est etiam text. in *l. rogasti 19. §. 1. ff. de praesc. verb. ibi: suadum meum creditori tuo pignoris nomine dedi, vel dedi tibi, ut tu ipse pignori dares* (dare autem quis hypothecam potest sine pro sua obligatione, sive pro aliena, ut Martianus tradit in *l. res hypotheca 5. §. ult. ff. de pignor.*) si convenerim de mercede mihi à te danda locatio est, quia video praedium meum tibi fruendum dedisse: fructus enim rei est, vel pignori dare licere *l. ult. ff. de usur. l. fructus 72. ff. de regul. jur.* Donel. *lib. 10. comm. jur. civil. cap. 8.* itaque eo casu quicquid inter nos convenerit, actione locati petere poterit: si vero nihil convenit, donatio est, ex qua nulla actio esse potest, *l. interdictum 14. ff. de precat.* si vero fidejussorem mihi dederis de hoc aere ab eo solvendo; & pignora luendo, mihi competit ad id consequendum actio praescriptis verbis, quae si ex specie, *do, ut facias*. Sed exceptioni, quam ibi addit Ulpianus, nempe *nisi merces intervenierit*, obstat *l. ultim. Digestis de astim. action.* in his verbis: *Hae actio utilis est, est merces intervenit*, quibus dicitur, praescriptis verbis actionem utilem esse, etiam si merces interveniat: ergo etiam hic dabitur actio praescriptis verbis, & non actio ex locato, etiam si merces interveniat: quod & An-

ron. Fab. in *ration. ad dist. §. sentie*, licet non bene sentiat. Sed respondendum est, *dist. l. ult.* intelligendam esse de eo casu, quo incertum sit de persona locatoris, & conductoris uter eorum locater, vel conductor sit, prout ponitur species in *l. 1. eodem tit. in dist. l. rogasti §. 1.* si merces intervenierit, non est dubium me, qui praedium pro te obligavi, vel tibi obligandum dedi, locatorem esse mei praedij: intervenit enim merces, ut in *l. si tibi polienda 22. ff. de praesc. verb.* ubi dedi tibi polienda, vel saticenda vestimenta: si gratis dedi, mandatum est: si mercede certa, locatio & conductione: si incerta, nempe habita pactione, ne gratis polires, vel sarcires, sed postea conventurum, quantum tibi darem; nec mandatum est, quia convenit de mercede; nec locatio, quia non de certa, & definita mercede convenit: nam sicut in emptione, & venditione pretium certum esse debet, ut venditio sit, §. *pretium insinuat. de empt. & vendit.* sic etiam in locatione §. *1. insinuat. de locat. & conductione. l. si merces 25. ff. locati.* Itaque quasi de novo negotio placet in factum dandam esse actionem, id est praescriptis verbis.

Ad eundem contractum, *do, ut facias*, declinat species text. in *l. permisti 16. ff. de praesc. verb.* cuius haec est species: *permisti mihi cretam eximere de agro tuo, ita ut eum locum, undè eximissim, replerem: eximi, id est eximendo quod accepi, meum feci: nec repleo, idem est quod nec facio*: hic contractus innominatus est, ex quo dabitur tibi contra me actio praescriptis verbis, ut cogat replere. Sed si vendidisti cretam, ait Consulatus, si modò additum est certum pretium, quod tibi daretur, habebit in me actionem ex vendito ad id agendum, uti ait Pomponius in hoc loco, & in *l. teneur, §. 1. ff. de action. empt.* hoc amplius poteris me prohibere, ne exemptam cretam tollam, antequam forsàn repleverim: ratio est, quia nondum plene mea est creta, antequam parverim dicta legi venditionis, sive ex empto, & vendito, sive ex dato ad hoc, ut faciam: repletio enim fossae pro parte mea partem pretij, vel omnino partem contractus facit, *l. si sterilis 21. §. si tibi 4. ff. de action. empt. l. quod si nolit 31. §. ult. ff. de edil. edit.* si enim ea lex posita non esset, pura ut fossam replerem, statim pro creta exempta esset, mea facta fuisset, *l. qui saxum 6. ff. de donat.* ubi ex eo quod nulla lex dicta fuit, donationi, ideo exemptum saxum, seu creta sit donatarij cui legi conjungenda est etiam, *l. si cum mihi 34. ff. de dol.* Sed postquam aliqua lex interposita est, quaedam si res conventionis tibi non adimpleo, nulla translatio est, vel datio per praesentiam revocari potest, *l. nunquam 31. ff. de acquirend. rer. domin. l. hujus modi 13. ff. quando dies leg. ced.* postquam vero repleta fossa est, alia traditione, quam ipsa exemptione opus non est: quae quidem exemptio voluntate mea, & nomine meo antea facta est: itaque si non patiaris me auferre, ea actione te convenire poteris, qua possem ad petendam quamcumque rem meam, veluti ad exhibendam ut in hac lege.

Accursius, quem sequitur Cujac. in *dist. l. permisti 16.* ait etiam rei vindicationem dari ex *dist. l. qui saxum 6. ff. de donat.* qua docetur, quod etiam non patiarur me saxum tollere, nihilominus saxum meum esse: tamè eis non assentior, nihil enim ea lege agitur de rei vindicatione: & certè ad exhibendum agitur in subsidium, vel in preparationem vindicationis, quando res non potest statim vindicari, ut in *dist. l. permisti*: *Nec patiaris me cretam tollere*, inquit, id est in cretam venire, & vindicare, vel au-

ferre, l. unica §. 1. ff. si quis jus dicent non obtemper. l. gemma 6. ff. ad exhib. l. nec in furiosum 2. ff. mandati, l. q. ad leg. iur. 3. & in fin. ff. de iudic. l. Pomponius 4. 4. in fin. ff. de acquir. rerum domin. l. depofui 38. ff. de pecul. V. Vellebach. in paratit. l. ad iur. ff. ad exhibend. Cag. 101. in rubrica ad tit. de edend. Olwald. lib. 20. comment. Donel. cap. 9. lier. A. Possum etiam agere actione injuriarum, l. qui pendente 25. ff. de action. empt. l. injuriarum 13. §. si quis à me 7. ff. de injur. uti placet Accursio, Cujacio, & Donello lib. 15. comment. iur. civil. cap. 24. quod si debeo locum replere, & non replevi, antequam creta, quam exemi tua voluntate, videatur mea facta, ut dixi; possum etiam pœnitere: de qua pœnitentia vide quæ scriptimus supra lib. 2. cap. 6. num. 15. & seqq. Hoc etiam in hac lege notandum est, quod verbum *permisisti*, significet tantum intervenisse conventionem de dando, à qua conventionem quidem sumit initium contractus, *do, ut facias*, de quo vide plura supra dict. cap. 6. num. 12. & seqq. ad explicationem, l. dedi tibi 3 §. *quinimo* 4. ff. de cond. cau. dat. cau. non secut. Sed quia nondum subest causa, idèd penitentia locus est. Itaque etiam si sumptus fecero ad eximendam cretam, nec patiaris me eximere, quia pœnituit, me non possum agere præscriptis verbis actione, quia nihil adhuc feci quæ causa esse possit, ut agam: Neque convenisse sufficit, quia in contractibus innominatis non nascitur obligatio ex conventionem, donec ex parte ejus, qui agere vult, lex contractus adimpleatur, & idèd dabitur actio de dolo: quasi convenerit me facturum, ut permitteres eximere, seu ut dares, uti in l. naturalis 5. §. quod si faci non 3. ff. de præsc. verb. de quo plura diximus supra dict. cap. 6. num. 2. 1. & seqq. & hoc sibi vult Ulpianus, in l. j. cum 34. ff. de dol. nam postquam exemi, videris tu dedisse, & quasi tradidisti mihi facta sit, dicitur meum esse luxum, ut in dict. l. qui saxum 6. ff. de donat. in dict. l. 34. cum non exemi: idèd r. 6. videris dedisse, sed ego tantum sumptum fecisse, ut dares: tua verò pœnitentia satis aperta est, cum non patiaris me tollere; idèd quæ nulla alia, quam de dolo malo actio locum habebit, ut rectè Ulpianus tradit: & hæc interpretatio meo videri melior est, quàm illa, quam tradit adductis aliis pluribus interpretibus Oluv. lib. 15. comm. Donel. cap. 1. lier. B. B. Eodem modo explicari debet & *permisisti* dict. l. permisisti ff. de præsc. verb. quia dum nihil faciat pro eo, qui promisit fundum ferere, pœnitere potest ille: & idèd de dolo actio datur. Species in hoc capite enumeratæ, sunt quæ in toto iur. de præsc. verb. respondent contractui, *do, ut facias*.

Ad hoc genus contractus, *do ut facias*, pertinere poterat text. in l. intra 41. ff. de pact. secundum interpretationem Cujacij ibi lib. 11. respons. Papin. sed quia credimus ibi nullum esse posse contractum, explicabimus eam infra hoc lib. cap. 11. num. 6. post explicationem contractus, *facio, ut facias*.

CAPUT X.

De Contractu, facio, ut des.

SUMMARIUM.

1. An genus conventionis, *facio, ut des*, in l. 5. §. 3. de præsc. verb. contractus sit?
Ratio quare conventio, *facio, ut des*, non sit con-

tractus, ostenditur.
Antonij Fabri, & aliorum sententia circa interpretationem d. §. inprobatur.
Assignatur locus, quo fufus egimus de hoc genere conventionis.

2. Verba Doctoris Retes circa interpretationem, dict. §. adducuntur, eji; que sententia probatur.
Rectè facta conventionem nihil interest, in verso ordine, incipiat impleri contractus.
Explicatur, l. 3. §. 3. de cond. cau. dat. cau. non secut. & locus, quo uberior interpretatur, ostenditur.
3. Conventio do, ut facias, constituit contractum innominatum.
Conventio, *facio, ut des*, nullo modo facit contractum, & quare.
Ad formandum contractum incertum necesse est; ut subest causa equalis ad producendam in altero obligationem.
Explicatur l. naturalis 5. in princ. ff. de præsc. verb.

Tertium genus conventionis, quæ videatur contractum innominatum constituit, est *facio, ut des*, quam inter cæteras conventiones incertis enumerat Paul. in l. naturalis 5. in princ. & in §. quod si faciam 3. ff. de præsc. verb. quo in §. agit etiam specialiter de ejus natura in his verbis: *Quod si faciam, ut des; & postquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio; & idèd de dolo dabitur*, exempli gratia: Stichum manumitto, ut Pamphilum mihi des; hæc species conventionis nullum potest facere contractum incertum, quia ad eum constituendum non subest sufficiens causa, dum à facti conventionem ad dandum incipiat contrahi: illud enim conventionis genus neque est par, neque idonea causa ad producendam in altero obligationem ad dandum: & sic statuerunt rectè (licet nemo afferat legitimam ejus rationem) Cujac. in l. juris gentium 7. ff. de pact. & in l. naturalis 5. ff. de præsc. verb. & sub nomine mercatoris lib. 1. cap. 10. Anton. Govean. lib. 2. variar. cap. 28. & vir summâ veneratione dignus D. D. Joann. Chumazero in dodecade selectar. cap. 8. num. 11. & Anton. Fab. in rational. ad dict. §. quod si faciam, licet ipse sibi replicando sic: sed ex contractu *facio, ut facias*, datur actio præscriptis verbis, §. sequent. quidni ergo ex contractu *facio, ut des*, miserè labatur dicens: sed respondendum est, non dari actionem illam præscriptis verbis tanquam ex gesto civili negotio, & jure contracto, sed ad evitandum periculum malè electæ actionis: Quod quàm ridiculum sit, dicemus infra cap. sequent. & docuimus superiori loco postè citando. Nec audiendi sunt, qui contrariam sententiam tenent, nempe quòd hæc conventio *facio, ut des*, sit contractus innominatus: illi sunt D. Ferdinand. de Mendoza lib. 3. disputatio. cap. 4. num. 12. Joann. Robert. Aureliens. in notis ad mercatorem, dict. lib. 1. cap. 10. Donell. lib. 15. comment. iur. civil. cap. 40. & novissimè de jurisprudentia non malè meritis Doctor Josephus Fernandez à Retes lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 5. n. 16. & seq. & cap. 11. ubi affirmat referens plures alios interpretes ex conventionem, *facio ut des*, dari civile præscriptis verbis actionem. Sed quia meam sententiam, nempe quòd conventio illa, *facio ut des*, sit in efficax ad constituendum contractum incertum, neque ex facto unius contrahentis subesse possit par causa ad producendam obligationem dandi in altero contrahente, neque tunc possit dari actio præscriptis verbis, sed

sed mera de dolo actio pluribus rationibus firmavi refutando alteram afferentium contractum innominatum esse, & ex eo nasci actionem præscriptis verbis (suprà lib. 2. cap. 6. num. 22. & seq. illuc vos remitto, ubi invenieris omnia, quæ ad perfectam, hujus capituli explicationem possunt pertinere.

Sed dissimulare non possum (parcendum est syncretitati meæ pro jurisprudentia enim decerpamus) quin referam verba dicti Doctoris Retes, qui postquam in præcedentibus affirmavit conventionem illam, *facio, ut des*, esse contractum incertum, in num. 17. hæc scripsit: *Nè tamen aliquis existimet me inter utriusque contractum, do, ut facias, & facio ut des, nullam constituere differentiam, qua secundum speciem differant, adverte; cum ab initio talis pactio celebrata fuit facio ut mihi des aliquid, quamvis tu dare incipias; tamen non ideo minus est, facio, ut des, nec propterea converti in contractum, do, ut facias, ut docet, & rectè Accursius, & Cujacius in dict. l. naturalis 5. D. Chumazero dict. disput. 8. num. 12. quoniam licet ex principio nascatur causæ obligationis, l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. nec antea incipiat obligare hujusmodi contractus, l. ex placito 3. C. de rer. permutat. & ex eo tempore omnes inspiciantur effectus, qui ex eis resultant supra cap. 1. ex num. 7. tamen forma contractus, & ut ita dicam, facies illius ex conventionem deprehenditur argum. ex l. 1. §. si convenit ff. de positi, l. & Aristo 29. ff. mandati. Quibus verbis non possum intelligere quæ differentia specifica constituatur inter *do, ut facias*, & *facio ut des*: Nullam enim mente percipere possum; nam omnium contractuum incertorum hoc proprium, & indubitabile est, quòd licet inverto ordine contractus adimpleri incipiant, tamen semper servant, & substineant absque mutatione formam illam, quàm à principio ex conventionem acceperant; veluti conventio fuit, *dabo ut facias*, quamvis prius fiat, quàm detur, erit contractus, *do ut facias*, quia illam formam, quam à principio sumpsit, nullo accidenti ex postfacto mutat, l. dedi tibi 3. §. *quinimo* 2. Digestis. de cond. cau. dat. cau. non secut. de quo plura diximus supra dict. libro 2. capite 6. numero 12. & seqq. præcipue numero 18. & seqq. In quo ergo consistet hæc differentia, cum omnibus contractibus nominatis illud proprium sit, non intelligo.*

Vera ergo differentia sit, non solum specifica, sed etiam formalis, quòd i conventio, *do ut facias*, sit verus contractus innominatus, quia dandi causa par, & idonea est ad producendam obligationem faciendæ, quia datio major facta est: conventio verò, *facio, ut des*, nullomodo sit contractus, quia non subit causa, quæ requiritur semper ad formandum contractum incertum l. juris gentium 7. §. sed etsi 2. ff. de pact. factum enim, ut datione minus, non est sufficiens, nec par causa ad producendam obligationem dandi, de qua egimus fusè in loco, quem citavimus n. 1. huius c. Itaque Paulus in d. l. naturalis in princ. quando enumerat species illas, *do ut des, do ut facias, facio ut des facio ut facias*, non dixit ibi inspicere posse tractum contractuum innominatorum: si enim hoc dixisset species, quas postè enumeraret, contractus essent: sed dixit in hac quæstione totius ob rem datis tractatus agi posse; & illam ob rem dationem ad supradictas quatuor species reduxit, quarum tres contractus formam habeant, altera verò non habeatur pro contractu: ut nos doceret, non tantum ibi fieri numerationem contractuum, sed etiam

omnium alienarum causarum, quæ ex æquo, & bono debent præstari.

Deinde argumento desumpto ex sententia Re. 4. tis, & aliorum, quos sequitur, cogam eos fateri conventionem hanc, *facio ut des*, non esse contractum: nam dicunt constanter præscriptis verbis, actiones, bonæ præter eas, quæ de æstimate, & permutatione cõpetunt, esse stricti juris (vide quæ diximus lib. 3. cap. 4. num. 24. & cap. 9. num. 6. & seq. ibi videbis eos, qui hoc credunt, de mendacio miserimè convictos) sed ex contractibus stricti iuris, etiam si interveniat dolus, nascitur ipso jure actio civilis, licet ille elidi possit per exceptionem doli. l. si quis 36. ff. de verborum obligation. & ibi Donell. l. si mulier 13. ff. de jur. dot. l. in insalam 42. §. in fin. ff. de solut. matrim. & ibi Cujac. ad Papiniam, & lib. 17. observat. 37. l. sed etsi 21. ff. de solut. matrim. Anton. Fab. de ad. 1. error. 7. numer. 12. in fin. quod ad eò verum est, ut neque opposita doli exceptione fiant bonæ fidei contractus isti, ut rectè contra Cujacium tradit Anton. Fab. lib. 14. conjectur. cap. 18. & 19. & de ad. 9. error. 2. ergo etiam in dict. §. quod si faciam, dolus intervenisset, non debebat Consulutus tam audacter asserere, nullam nasci ex ea conventionem actionem civilem: sed illam non nasci intrepidè statuit; ergo de ipsa imbecillitate conventionis absque dolo concepat statuit in ea non reperiri vim producendæ actionis civilis.

Denique Jurisconsultus in princ. l. naturalis, quatuor species ob rem dationem enumerat, nempe *do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio ut facias*; quorum naturam in quantum attinet ad producendam actionem, exemplis unicuique speciei adaptatis remoro dolo explicat in §. seqq. Quare eigi præsumi debet, in dict. §. quod si faciam, concepisse exemplum ex pactione dolosa, & non ex lycera conventionem præcipuisse, cum propositum fuerit hoc ultimum explicare. Vel si contrarium ei quod proposuerat, fecit ex eo quod ostendere decreverat aliquid latentis mysterij juris ob interventum doli? Cur id ipsum in cæteris tribus speciebus, cum omnes unius generis sint, non observavit, & docuit? Nè igitur tam calumniosè Jurisconsultum redarguamus, firmiter tenendum ita imbecillum esse hanc conventionem, *facio ut des*, ut non possit ex ea, etiam si dolus removeatur, ortus actionis civilis expectari, quia non est efficax ad constituendum contractum innominatum.

CAPUT XI.

De Contractu, facio ut facias.

SUMMARIUM.

1. Explicatur quarta species conventionis incerta, *facio ut facias*, l. 5. §. 4. de præsc. verb.
In conventionem, *facio ut facias*, unius factum par causa est ad obligandum alium ut faciat.
In speciebus dict. §. mandatum an constitui possit?
Explicatur l. 7. §. 10. & 12. de acquir. rerum dom. l. 33. de cond. indeb. §. 30. instit. de rer. divis.
Adificium soli accessio est, & idèd solo cedit.
Accessio

- Accessio semper fit ejus, cuius est res principalis.*
Quare in dict. §. 4. mandatum esse non potest?
Mandatarium non exequitur mandatum sumptibus suis.
Quid in dict. §. significent verba, quamvis enim impendia, &c. ostenditur.
- 2 *An quod de impensis tibi traditur, obstat ne negotium illud mandatum sit?*
Mandatum an possit ex pacto naturam suam excipere?
Attingitur l. 1. §. 1. ff. de positi, & l. 8. ff. mandati?
De eo, quod tacite in se intelligitur, non est necessaria conventio.
- 3 *Traditur ratio, quare in insulis edificandis, & debitoribus exigendis detur actio præscriptis verbis.*
Quomodo in dict. §. 4. intelligenda sunt verba, in superioribus casibus, &c.
- 4 *Actio præscriptis verbis excludit actionem mandati.*
Species proposita in princ. l. §. de præsc. verb. declaratur in d. §. 4.
Quare iustus sit in speciebus in d. §. 4 & princ. l. enumeratis, agi actione præscriptis verbis?
Explicatur l. 1. de manum. l. 2. §. de jur. patronat.
Quomodo dupliciter concipiatur id, quod interest, ostenditur
Libertas est res, qua nullam recipit estimationem.
Affectus, & charitatis ratio circa personas habenda est.
- 5 *An ex eo interesse, quod datur in dict. §. ultim. id quod libertum habeat dominus deducatur?*
Jus patronatus inestimabile est, nec locupletior sit, qui libertum acquirit.
Superioribus obstat graviter l. 45. §. 1. ff. de act. empt.
Illam difficultatem ex l. 26. de eviction. dissolvendam esse docetur.
Doli ratione antequam res vendita evincatur, agi potest actione ex empto.
Probat, & explicatur sententia Consulti in l. 1. ff. de rer. permut.
Illam actio ex empto, si rectè capit competere, durat, & post evictionem.
Manumissio, & evictio non sunt modi finiendæ actionis ex empto.
- 6 *Singulari interpretatione explicatur l. 41. ff. de pact.*
Cujacius, reprehendit Accursium, & alios circa dict. l. & qua ratione moveatur, traditur.
Cujacius docet pactum nudum transire in contractum re sequuta.
Hæc Cujacii sententia abundè refutatur.
Contractus est duorum, vel plurium in idem placitum consensus
Qui per errorem solvit indebitum, habet animum distrabendi.
Explicatur l. 3. §. 1. & 3. de obligat. & action. l. 20. de rebus credit. §. 1. quibus mod. re contrah. obligat. §. 6. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc.

- Qui indebitum per errorem accipit, obligatur ex quasi contractu.*
- 7 *Eadem numeratio non potest simul solvere, & inducere obligationem.*
In ductum ad unum sive verti ad aliud non potest.
Adducitur l. 5. in fin. ff. de pact. l. 1. ff. qui potior. in pign. habeant.
Ad idem adducitur l. 27. C. locati, l. 1. & 2. ff. de solution.
- 8 *Donatio neque certus, neque incertus contractus est l. 14. de precar.*
Donatio etiam hodie non indiget mutuo consensu, ut perficiatur.
Adducitur l. 3. §. Cod. de donat. §. 2. instit. eod. titul.
Plurimæ differentia constituuntur inter contractus, & donationem.
Undè proveniat in l. 7. §. 4. de pact. quod ex nudo pacto actio non nascatur?
Donator neque ex stipulatione tenetur de evictione.
Cujacius reprehenditur circa explicationem Pauli lib. 5. tit. 1. sent. invitus.
Non donatur nisi quod fieri potest donata.
- 9 *Explicatur l. 2. Cod. de eviction. qua movetur Cujac.*
Explicatur l. 17. Codice de fide instrument. l. penultim. Codic. de donat. inter virum, & uxorem, l. pen. C. de præsc. trig. vel quadrag. annor.
- 10 *Doctor Reces ex suis ipsis verbis redarguitur.*
Idem non laudatur circa ea que docet in l. 2. §. 1. l. 19. §. ult. ff. de precar.
An sit aliqua conventio, que non reducat ad eas contractuum species enumeratas in l. 5. ff. de præsc. verb.

Quartum genus contractuum inominatum est, *facio ut facias*, de quo agit Paulus multis enumeratis speciebus, in l. naturalis §. 5. sed si facio ut facias 4. ff. de præsc. verb. in quo §. supponit, actionem civilem dandam esse; ratione illa, quam tradidimus alio loco statim citando, nempe quod causa faciendi par sit, & idonea ad producendam in alio contrahente obligationem faciendi; & illo præsupposito, quod agit Paulus, est, an species illæ, quas enumerat in dict. §. usque ad mandatum pervenire possint, ut dixi supra lib. 2. cap. 6. num. 22. nam quod attinet ad secundam speciem, nempe ut tu in meo, & ego in tuo solo ædificemus, alteruter sine mandato alterius ædificare possumus. cum ædificatio sit res naturalis acquisitionis, quæ naturaliter solo cedit, l. adeo 7. §. cum in suo 10. §. ex diverso 12. ff. de acquir. rerum domin. l. area 33. ff. de cond. indeb. §. cum in suo 30. & sequent. institut. de rerum divis. Ratio est, quia ædificium accessio est soli; & certum est rem, quæ accedit, acquiri ei, cuius est res principalior, cui alter accedit, l. Scia 6. §. ultim. l. cum aurum 19. §. penultim. & ultim. l. vestis 23. ff. de aur. argent. legat. Tamen in dict. §. sed si facio, mandatum esse videri constat ex eo, quod proponatur ædificium fuisse constructum ex mutuo utriusque consensu: & absque dubio valet mandatum, ut quis in solo ejus, qui mandat, ædificet; aded, ut ædificator à mandante possit petere id, quod in ædificando erogavit præter id, in quo res domino pretiosior facta fuit, l. si quis mihi

mihi 16. ff. mandati. Hæc tamen non obstante in dict. §. sed si facio negotium, de quo agitur, usque ad mandati terminos non accedit: nam si ex mandato alteri terminus exegimus, refundendæ sunt impensæ: neque enim de re tua tibi mando, inquit Paulus, sed de mea; id est quas fecisti impensas in exigendo meo debitorum debeo, quia non tibi exegisti, vel ædificasti, sed mihi: & mandatarium suis sumptibus non exequitur mandatum, l. 1. C. mandati l. qui proprio 46. §. liti 6. ff. de procurat. quod quidem non convenit huic speciei facio ut facias, quia utrumque factum sic ad summum compensatur, ut factio cujusque omnes quoque impensæ ultra citò que cedere debeant: & bene notat ex Castrensi, & Cujacio Doctor Josephus Fernandez à Retes lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 5. num. 18. factum illud debitoris exigendi, & insulæ fabricandæ in individuum esse, sive de dando sit, sive de faciendò conventio: neque datio eo loco juris est ultra rationem totius facti, l. stipulationes 92. ff. de verb. oblig. l. supra 1. §. officium 3. ff. de aqua plu. arcond. l. liberius qui potest 15. §. 1. ff. de oper. lib. l. cum servus 82. l. qui suo conditione 11. ff. de cond. & demont. itaque non videtur fecisse qui non dederit, si ei factio datio aliqua necessaria fuit: & hæc sibi vult dicere Paulus in dict. §. sed si facio in illis verbis: *quoniam enim impendia sequantur, tamen mutuum officium præstamus.*

Quod tamen de impensis tradit, non dum obstare videtur, ne in ea specie mandatum sit; cum & sic mutuum officium præstamus, factum pro facto in genere tribuendum est officio: & impensæ in eo officio factæ tacite continentur, ne quid desit officio suscepto: Potest (ut prosequitur Consulatus) mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere: Possum enim tibi mandare, ut & custodiam mihi præstes, & non amplius impendas in exigendo quam decem. Idem statuit Ulpianus in l. 1. §. quod si rem 12. ff. de positi dum hæc scribit: *Quod si rem tibi dedis, ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepisset, videndum est, utrum depositi tantum, an & mandati actio sit; & Pomponius dubitat: putato tamen mandati esse actionem, quia plenus fuit mandatum habens, & custodia legem l. si procurator 8. ff. mandati, ubi custodia pendet ex initio simplicis mandati: itaque si mandatum est, & præcessit, ut quid fiat; illud non tollitur ex eo, quod aliquid ad plenus exequendum mandatum adjiciatur, ut puta legem custodire de ea pecunia, quam nomine meo exegeris, usque dum veniam, vel mittam, cui eam numeres, velut in dict. §. quod si rem: de eo verò, quod præcedit, vel ei tacite inesse creditur, non est necesse aliquam conventionem adjicere, cujus exemplum habes, in dict. l. si procuratorem 8. ff. mandati ibi: Qui procuratorem ad litem fecit, tacite etiam ei mandat de instrumentis liti custodiendis, quæ sunt de substantia mandati, & idè sunt etiam de substantia mandati, dista lege 8. & l. ad rem mobilem 56. ff. de procurat.* Quo argumento etiam de impensis in exigendo à debitore, vel constituendo officio factis, tacite potest videri mandatum: & idè hæc mandatum non corumpunt, sed uberius illud faciunt: & hoc sine dubio esse ait Consulatus in eo casu, quo æqualem quantitatem impensarum impenderit uterque, ibi: *& si eandem quantitatem impenderit, nulla dubitatio est, inquit Paulus. Unde cognoscitur, quod id, quod simpliciter dixerat, non nocere, ne mandatum sit, distinguendo sic ostendit Hieron. Oroz, de Apicib. Iur. Civ.*

dat aliquo casu dubitari posse, an noceat mandato; veluti si impensas in exigendis muris debitoribus fecerimus æquales; compensatio in actione mandati, quæ bonæ fidei est, efficit, ut pro non factis habeantur, l. postquam 21. ff. de compensat. l. si constat 4. C. eod. tit. Paul. lib. 2. sent. tit. 5. in fin. si verò dispares sint impensæ, vel unus eas fecit, alter non fecit; nisi refundantur, mandatum videri non potest: itaque si species, quæ proponitur, eas refundi non patitur, nec mandatum esse patietur.

Hæc omnia variis circumstantiis plena cum conspiceret Paulus, ne illis contrahentes laberentur, & contractas naturam propter accidentem constitutionem non agnoscentes, quæ sibi competat actio ex ea conventionione ignorent, ait *iustus esse & in insulis fabricandis, & in debitoribus exigendis præscriptis verbis dari actionem*, ut ex contractu incerto: hoc solum observando, quod excepto eo, in quo negotium hoc mandato repugnat, hæc actio præscriptis verbis similis sit mandati actioni: *quæmadmodum ut Consulatus ait in superioribus casibus locationi, & emptioni: in quo verò consistat hæc similitudo, & quid sibi Consulatus velit in his scriptis abundè supra hoc lib. cap. 4. n. 10. & seq.*

Denique Paulus ex toto superiori tractatu de ob rem daris per singulas species propositis, & explicatis, propositam in princ. l. naturalis, speciem sic in §. ult. ejusdem legis explicat. Si conventio inter nos interposita fuit specie quadam mutui officij, ut servus manumitteremus; tu tuum, qui filius meus naturalis erat: ego meum qui etiam erat naturalis filius tuus: & ego manumisi, tu verò cessas, nec vis manumittere; me accurum tecum actione præscriptis verbis: & hæc species excludit actionem mandati: non ea ratione, quam in specie superiori traderat, nempe quod dispares impensæ in eo quod supererat facta ipso jure compensatione refundendæ sint: & hæc species nullas impensas admittere videtur, quominus mandatum esse possit. Sed tamen quis prohibet impensas fieri aliquas, easque ab utroque dispares, dum cum, & proconsulem, vel prætorum, aut præsidem, apud quem servos manumittere debent, §. servi 2. institut. de libertis. Itaque omninò tutius est in superiori specie, & in hoc §. ultim. præscriptis verbis actione agi; & necessaria sequitur, ait Paulus, *ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere, quem manumisi, ut in l. verum 11. ff. de minor facti l. si filius 23. §. 1. ff. de jur. patronat.* Dupliciter concipitur id, quod interest: primò ab eo, cujus gratiâ, seu causâ factum est, ut fiat vicissim id, quod convenit eum facere: idque lucrum est, cujus causâ solemus contrahere l. actionum 2. §. 1. ff. de oblig. & action. quod quidem lucrum ne dicatur inestimabile esse, quia libertas est res, quæ estimationem non recipit, l. statuliberum 9. §. illud 1. ff. de statu liber. l. non est singulis 176 §. 4. ff. de regul. jur. placuit prudentioribus, affectus rationem habendam esse, ut ait Papi-nianus, in l. cum servus 54. ff. mandati, veluti si is, qui manumittendus fuerat, esset filius, vel frater naturalis, facit, l. si quis ff. de manum. Altero modo dicitur interesse, non datum vel factum fuisse id quod datum, vel factum est: & hoc nullum lucrum respicit, sed damnum tantum restituit de quo loquitur Paulus in proposita specie l. 5. in princ. & §. ult. ff. de præsc. verb. ita tamen, quod non neget de primo modo, sed tantum velit, quod etiam si mea non interest, filium meum naturalem manumissum esse, vel etiam si filius meus

mens non sit : tamen locum esse actioni præscriptis verbis ad consequendum id , quanti mea interest , servum meum non manumissum esse : nam ex eo , quod Consultus minus dicat , non utique negat quod majus est , sed aliquid certius , & magis necessarium dicit.

Ceterum querit Paulus , in dict. §. ultim. an de eo , quod mea interest habere servum quem manumissi , deducendum sit id æstimationis , & utilitatis provenientis ab eo , quod libertum habeam ? & respondit non esse deducendum : ratio est , quia jus patronatus inæstimabile est : neque ut ait Ulpianus ; in l. nemo 126. §. 1. ff. de regul. jur. locupletior sit patronus , qui libertum acquisierit , Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 4. princ. 3. illat. 3. & tit. 5. princ. 2. illat. 24. Sed graviter obstat videtur illud , quod ipse Jurisconsultus Paulus ait in l. idque 45. §. supræst. 2. ff. de action. empt. nam ibi docet non solum si emptori evicta sit ancilla per libertatem fideicommissariam , sed etiam si emptor manumiserit ; & ea fortè patronatum emptoris recusaverit optando patronatum hæredis , vel legatarij , cui per fideicommissum manumittenda relicta fuerat ex constitutionibus Divi Adriani , & Divi Pij l. generaliter 14. §. ultim. ff. de fideicommiss. libertat. posse emptorem de evictione agere , quasi ejus interest , quod libertam non habeat , cum non possit aliud provenire interesse de ea , quam manumissit ipse : si verò illa elegerit patronatum emptoris , Tunc emptorem ex empto actionem non habere , quia nihil ejus interest , cum libertam habeat , quod valde pugnat cum dict. l. naturalis 3. §. ultim. ff. de præscript. verb. Sed hanc objectionem idem Paulus dissolvit , in l. sed hoc nomine 26. ff. de eviction. his verbis : Sed hoc nomine , quod libertum quis non habet , ex vendito actionem habet , si scierit venditor alicui se vendere : sed etsi ex causa fideicommissi emptor coactus fuerit eum manumittere , ex empto actionem habebit. Quia in dolo est venditor , qui sciens vendidit alteram ancillam . vel statuliberam celando ejus conditionem : cujus doli ratione etiam antequam evincatur ancilla , vel alia quælibet res aliena vendita . potest ex empto agi , l. Julianus 13. §. si Titius 14. l. servus quem 30. §. 1. ff. de action. empt. Donell. l. b. 13. comment. juris civilis capite 3. Itaque rectè Ulpianus in l. 1. ff. de rerum permutat. agens de his , quibus statim venditor tenetur , hoc esse proprium ait , emptori ob evictionem se obligare , possessionem tradere , & purgari dolo malo. Cujac. lib. 11. respons. Papinian in l. 1. ff. de pignor. quæ quidem actio ex empto propter dolum postquam semel cæpit competere , eam etiam post manumissionem servi , vel post rem evictam durare nihil prohibet : & eâ causâ quodque agi potest de eo , quod interest libertum habere : non quod possit æstimari hoc quod interest , sed quod servum non habeat quasi dolo venditoris , l. 1. §. si rem 25. ff. de depositi , l. si sterilis 21. §. cum per venditorem 3. in fin. l. Titius 43. versic. respondit ff. de action. empt. l. si alius 7. §. est , & alia 4. in fin. l. is qui 11. §. si posteaquam ff. quod vi aut clam : Manumissio enim , & evictio non sunt modi finiendæ ex empto actionis , quæ rectè semel nata fuerit ; dict. §. si Titius , l. evicta 16. §. si servus 2. l. si servus 21. l. minor 39. qui statuliberum 4. l. habere 57. ff. de eviction. l. obligationum 44. ff. de obligation. & action. & hæc omninò est mens Pauli in dict. l. naturalis 3. §. ultim. in fin. ff. de præscript. verb.

6 Non abs re erit explicare textum in l. intra il-

lum 41. ff. de pact. ibi Papinianus in hæc verba præsumpt : Intra illum diem debiti partem mihi si solveris , acceptum tibi residuum feram , & te liberabo ; licet actionem non habeam , facti tamen exceptionem competere debitori constituit. Cujac. lib. 11. respons. Papinian. in dict. l. 41. reprehendit Accursium , & Doctores , qui dicunt in dict. text. à debitore solutam fuisse , partem eâ ratione : Quia si soluta esset quasi pacto nudo jam producto ad effectum , & in contractum converso , do ut facias , do partem debiti , ut mihi residuum feras ; tunc debitori proculdubio competere actio præscriptis verbis in creditorem , ut se residuo liberaret per Acceptilationem , quibus verbis ostendit Cujacius pactum nudum posse transire in contractum innominatum : quam sententiam etiam sequutus fuit , lib. 10. quaestio Papinian. in l. pacta convincta 72. ff. de contrab. empt. quæ quidem sententia quàm falsa sit , alibi docuimus , & hic etiam docebimus. Contractus est duorum , vel plurium in idem placitum consensus , l. 1. §. & est pactio 2. ff. de pact. l. obligationem 3. ff. de obligat. & action. l. l. Labro 19. ff. de verborum significat. sed qui solvit quamvis indebitum , aded non habet contrahendi animum , ut potius manifestam voluntatem dilahendi habeat . §. in quoque instituit quibus modis re contrah. obligat. §. item 6. instituit. de obligat. quæ quasi ex contrah. nascunt. l. si tibi 20. ff. de reb. credit. l. si quis 5. §. is quoque 3. ff. de obligation. & action. ergo iste , qui partem debiti solvit ex pristina obligatione , non potest ita contractum incertum constituere ut possit ei competere actio præscriptis verbis contra creditorem , ut eum liberet à residua parte debiti : Non enim satis est datus esse nummos , & fieri accipere , ut obligatio nascatur , sed etiam hoc animo dari , & accipi , ut obligatio constituatur , inquit Paulus in l. obligationum 3. §. 1. ff. de obligat. & action. sed in l. inter , debitor partem debiti solvit hoc sine , & animo , ut obligatio pristina minueretur : ergo illa solutio partis debiti non constituit contractum innominatum. Neque dictis locis satisfacies dicendo , quod qui indebitum per errorem accepit , videatur obligatus manere ex quasi contractu , l. area 33. ff. de cond. ind. b. quod verum esse puto : nam falsissimum est dicere ex quasi contractu . seu ex rei traditione , qua solum resultat naturalis obligatio , quæ ex re ipsa venit ad repetendum id ipsum , quod datum est , vel tantundem ejusdem generis , ut passim docuimus , præcipue lib. 2. cap. 6. & hoc lib. 3. cap. 5. num. 4. nasci obligationem civilem , & negotium civile constitui. Deinde in d. l. inter illum 41. non fuit indebitum solutum , sed pars veri debiti soluta fuit ab eo , qui non ignorabat se majorem quantitatem debere : & idè responsio superior , quæ est de indebito per errorem soluto non solvit difficultatem quæ provenit ex solutione veri debiti , & illius debitoris , qui sciens se debere solvit.

Uterius eadem numeratio non potest causam finem mul habere , tum solvendæ , tum contrahendæ obligationis : neque potest creditor eandem pecuniam , tum accipere ut suam , tum accipere ut alienam : itaque ex ea numeratione , quæ prioris obligationis solvendæ causâ facta est , nulla sequi potest ad aliud obligatio , quoniam ad certum finem semel propositum , & directum alio amplius dirigi non potest , l. tutor 41. §. 1. ff. de usur. d. l. si tibi 20. ff. de reb. credit. l. legata 14. ff. de adim. leg. v. l. legata inutiliter ff. de legata 1. Ant. Fab. in jurispr. Papin. tit. 4. princ. 4. in princ. & princ. 5. in princ. & Neratius in l. ab emptione 58. in fin. ff. de pact. ait : Illud planè conversione , qua

perlineat

perlineat ad resolvendum id quod actum est , perfici non potest , ut tu quod jam ego tibi prestavi , contra prestare mihi cogaris : quia eo modo non tam hoc agitur , ut à pristino negotio discedatur , quam ut novæ quedam obligationes constituantur , (de quo text. vide Reinhard. Bacovium , si ejus nimiam scribeni in Anton. Fabr. petulantiam modestia tua patienter sublinere potest , in exercitation. chib. Ant. Fab. chib. ad. 95. error. 8 & 9. si solvendo id quod debetur , non minus distrahitur obligatio , quàm conveniendo , ut à pristino negotio discedatur , certè non magis solutione ejus , quod debetur , fieri poterit , ut mihi tenearis , quàm hujusmodi conventionem : sed ex superioribus locis manifestè apparet solutionem aequè pertinere ad distrahendum pristinum negotium , ac pertinere hujusmodi conventio : ergo solutione illa partis debiti factâ à debitorè , qui expectat in residuo liberari per acceptilationem non contrahitur negotium civile , sed antea contractum minuitur ex illa parte , qua debitor solvit. Sic Papinianus , in l. 1. ff. qui pign. in pign. habeant. non utique solutionum observanda sunt tempora , sed dies contractæ obligationis , inquit : Sic partis debiti solutio non habet causam per se , seu ex spontanea voluntate debitoris , sed ex præcedenti obligatione , quæ solvitur ; ad quàm obligationem referenda omninò est solutio : si enim non referretur solutio , non contingeret quod expressè probatur in l. si tibi 27. C. locati , ibi : Si tibi qua pro colonis conducti prædi prærogasti dominus fundi stipulanti dare spondis , competens iudex reddi tibi jubebit : nam si conventio placiti sine sitit ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse , faciunt , l. 1. & dua seqq. ff. de solutio. in quibus iuris statuitur , quod si debitor in re præfenti constituerit in quam obligationem solutum velit , non possit ulterius mutare solutionem , quam fecit , & ad aliam obligationem convertere ; multò minus videbitur posse ex debito , quod solvit contrahere alium contractum , vel acquirere aliam obligationem : Undè cum non possit contrahi negotium civile , debitori superest tantum exceptio pacti : & hæc est mens Papiniani in l. 41. de pact.

8 Nunc ut interpretibus , qui anxie vexantur circa examinandam quæstionem , an donatio sit contractus incertus ; satisfaciamus , dico cum Doctore Josepho Fernandez à Retes dict. lib. 2. sect. 11. cap. 5. donationem non esse contractum neque certum , neque incertum , text. in l. interdillum 14. ff. de præcar. quem textum pessimè intelligit Bacov. in exercitation. contra Anton. Fabr. in chib. ad. ultim. dec. 77. error. 6. Ex hucusque dictis , & dicendis hoc num. cognosces , quia contractus , ut supra diximus , duorum , vel plurium consensu constat , & nisi duorum saltem conventionem non constituitur , dict. l. 1. §. & est pactio 2. ff. de pact. sed donatio non solum olim , sed etiam hodie unius solius donantis pendet voluntate . & ea sola perficitur , neque indiget tuo consensu , l. si quis argentum 35. Cod. de donat. §. alia 2. instituit. eodem titul. ibi : Perficiuntur autem eum donator suam voluntatem scriptis , aut sine scriptis manifestaverit : Ergo cum non habeat qualitatem contractus , non poterit esse certus , vel incertus ; quia prius debet esse contractus , ut postea de qualitate ejus disputemus , an sit nominatus , vel innominatus : & donationem non esse contractum docent Anton. Fabr. de error. pragmat. dec. 45. erro. 8. & alij plures adducti à dicto Doctore Reres auct. loc. quicquid in contrarium sed non benè Guillelm. Hieron. de Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

Marius si gal. opin. lib. 5. cap. 9. Cujus responsio ad dict. l. 14. de præcar. valde levis , & tam magni Doctoris indigna , idem dico de cæteris quæ ibidem contra Anton. Fabr. adducit. Constituumus nunc aliquas differentias inter contractus , & donationem : contractus sine traditione rei esse possunt , imò eam præcedere debent , & omninò per se esse : donatio verò non potest ; contractus quandoque sequatur traditio , illa refertur , & retrotrahitur ad initium conventionis : donationis verò initium nonquam alius traditione ipsa est : si donationis causa stipulatio intercesserit , nascetur obligatio , quia donatio firmata est , stipulatione , quæ verè contractus est civilis , introducta ad firmandas obligationes Paul. lib. 5. sent. tit. 7. ex nuda verò liberalitatis causâ nulla obligatio oriri potest , l. sumptus 48. ff. de rei vindicat. l. ad res 62. ff. de adil. chib. Undè dicitur ex nudo pacto actionem non nasci d. l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. ff. de pall. nudum enim pactum propriè est quod nudam liberalitatis causam continet : & contra nuda liberalitatis causâ , quæ nudo pacto commissa est , l. 1. ff. de transact. Ulterius si quis rem in contractibus dederit , veluti in emptione , & aliis similibus de evictione tenetur , l. 1. ff. de rer. permut. & tit. tit. ff. & C. de evictio. in donatione verò neque ex stipulatu quidem tenetur donator de evictione , l. Adisto 8. §. ult. ff. de donation. Paul. lib. sent. tit. 11. sent. invitus , ubi quod Paulus ait , invitum donatorem de evictione rei donatæ promittere non cogi . neque eo nomine , si promiserit onerari non rectè ibi Cujacius de nudo pacto accipit : vel si verum esset quod Cujacius ait , imperitè Paulus subjungeret hanc rationem , Quia iurativa rei possessor ab evictionis actione ipsa juris ratione depellitur : Itaque verissimum est ratione juris donatorem actione evictionis non onerari , cum neque donatio sit contractus , aut obligationis causa per se ; neque illud , quod sequitur est , neque translatio rei perfecta sit , quamvis donatorem post stipulationem pœnitere non possit. Denique omninò donari non potest nisi id , quod fiat ejus , cui donatur , l. in adibus 9. §. ult. ff. de donat. l. Papinianus 23. ff. de donat. inter vir. & uxor.

Neque movere debuit Cujacium text. in l. quo. 9. niam 2. Cod. de evictio. maxime cum illa lex sit Imperatorem Severi , & Antonini , quorum oratio expressis verbis ait , fas esse eum quidem , qui donat pœnitere : hæredem verò eripere forsitan adversus supremam ejus , qui donaverit , voluntatem , durum , & avarum esse , l. cum h'c status 32. §. dit oratio 2. ff. de donat. inter virum , & uxorem , quis enim non videt non esse eandem rationem hæredis onerandi de eo , quo non fuit defunctus oneratus ; & nè hæres donatario eripere possit , quod defunctus potuit ? Facit l. Neseinius 41. ff. de re judic. l. 1. C. de revoc. donat. Neque Justinianus in l. contractus 17. C. de fid. instrument. l. penultim. Codice de donat. inter virum , & uxorem , l. penultim. C. de præsc. trig. vel quadrag. annor. dum donatione contractum appellat , quicquam facit , ut credamus contractum esse , non solum ex eo , quod cum magna varietate inconstans ipse Imperator , aliàs acquisitionis genus , aliàs contractum eam appellat , princip. instituit. de donat. sed etiam quia in dict. l. contractus 17. de fide instrument. comparatione facta ad emptionem , & venditionem , cujus exemplo necessitatem dandi ejus , quod promissit dare , donatario imposuit , dict. §. alia instituit. de donat. contractum vocat donationem , non per se ,

Y 2 sed

fed per comparationem emptionis & venditionis. In l. pen. de donat. inter. vir. & uxor. non dicit quancumque donationem esse contractum, sed illam solam, quæ ex magnificentia Principis in Regnam piissimum conjugem suam collata est; cujus maxima auctoritas indecorè violaretur, si quid donaret ita, ut lege impediri posset ea donatio: qui enim legis dominus est lege regi non debet, nisi ex honestate l. 4. C. de legib. quod & demonstrant verba dict. l. pen. ut pote imperialibus contractibus legis vicem obtinentibus. In l. pen. de præsc. trig. vel quadrag. annor. verba vel alterius cujuscumque contractus, non sunt referenda verbum donationis, sed ad verbum emptionis: & si ad verbum donationis referantur, donationem vocat contractum non consideratam sicut est in se, sed per comparationem ad emptionem, & venditionem, ut superius diximus circa explicationem dict. l. contractus 17. C. de fid. instrum. Itaque cum donatio contractus non sit, indiscretè ab interpretibus concipitur quæstio, an contractus innominatus sit, an nominatus.

10 Hoc unum notari convenit, quod Doctor Retes in hoc supra addidit. hæc scribat: Ego contendit, quæcumque incerta sunt negotia, ad prædictos quatuor articulos debere reduci: Unde cum donatio non possit ad aliquem eorum referri, ex eo deducit non esse contractum innominatum. Ipse postea in num. seq. loquens de actione præscriptis verbis hæc consequenter addit: Quoniam actio illa nascitur ex mutis, hæc ad quatuor articulos contractuum innominatum reduci non possunt. Nescio quomodo hæc dicitur: actio enim præscriptis verbis non nascitur nisi ex incerto negotio civili: nullum negotium incertum est, ut in primo numero sit, quod non possit reduci ad dictos quatuor articulos: ergo nulla actio præscriptis verbis erit, quæ non nascatur ex causa, seu contractu, qui non possit, imò quod debet, ad unum eorum articulorum referri. Denique cum non laudo, licet aliis magno honore dignas sit, dum docet in precario eandem esse censuram, quam diximus supra de donatione: resistit enim, l. ut prætor 2. §. naturalem 2. in fin. l. si duo 19. §. ult. ff. de precar. quibus ostenditur in precario dari actionem præscriptis verbis. Sed quia de precario, & de his locis satis egimus supra hoc lib. cap. 1. num. 13. & seqq. hic parcimus contraria sententiæ: nunquam tamen tolerabimus, ut dict. l. motus quisquam dicat, plures esse causas, ex quibus datur actio præscriptis verbis, quæ ad illos quatuor articulos contractuum incertorum non possint reduci: nulla enim causa est, nulla conventio, quæ ad eos non redudatur: De quo in superioribus satis abundè egimus.

CAPUT XII.

An transactio contractus innominatus sit: & ad quod genus contractuum innominatorum referenda sit?

SUMMARIUM.

1 Verba Doctoris Retes circa hanc questionem ad litteram referuntur. Dicitur Doctor credit transactionem non esse contractum innominatum.

- Corralij sententia affirmantis probatur.
- 2 Transactio contractus esse, & in eo quid agatur, ostenditur. Ea sententia probatur ex l. 5. C. de transact. l. 17. C. de fid. instrum. Adducuntur due validissimæ rationes, quibus ea opinio probatur. Transactio nullo dato, vel retento, vel promissa non constituitur l. 1. §. 8. ff. de transactio. Retentionem loco dationis esse plurimis legibus probatur. Omne pactum nudum gratuitum esse docetur, ex l. 7. §. 1. de pact. An transactio gratuita esse possit, docetur. An ex eo quod in transactione certa sit quantitas, sit transactio contractus certus.
- 3 In contractibus incertis quomodo, & quando nascatur obligatio, ostenditur. Targitius obiter l. 1. §. 2. de rer. permut. in l. 7. §. 2. de pact. In transactione conventi de aliquo dando, vel faciendo procedere debet. Redditur ratio, quare in l. ult. de cond. cau. dat. non datur nisi conditio. Ob rem dati obligatio, si prius non precedat conventio, non est contractus.
- 4 Conventio donec discedatur à lite, non est sufficiens causa in transactione ad producendam obligationem. An contractus incerti, dum causa subsistit, habeantur pro pactis nudis? Obligatio in contractibus incertis retrotrahitur ad tempus conventionis. Quare in l. 20. de judic. & l. 19. de verbor. signific. confundatur contractus cum obligatione? Quare plerumquæ contractus incertus appellatur pactam? Definitio transactionis, qua fit per pactum, reprobat.
- 5 Omnis contractus incertus provenit ab una istarum conventionum forma, do ut des, do ut facias, facio ut facias, quæ non parit obligationem, & actionem. Non potest esse contractus ille, cui non convenit definitio contractus. In toto tit. ff. de transact. nulla fit mentio de actione ex transactione. In l. 6. & 33. C. de transact. fit mentio de actione ex transactione. An transactio possit excedere terminos transactionis? Sola dict. l. 6. loquitur de actione ex transactione?
- 7 Actio ex transactione creditori soli transigenti competit. Ex transactione reo non competit actio, sed solum exceptio. Discessio à lite consistit in non faciendo, in non litigando. De illo non faciendo reus nequit esse certus, donec

donec ipso jure liberetur per acceptilationem. Quare antiquitus consuevit pactio transactionis inferri Aquilianam stipulationem? Explicatur l. 1. §. ff. de transact. An oim fuerit modus agendi ex transactione ante interpositam illam stipulationem? Quare in l. 28. C. de transact. dicitur transactionem pactum esse? Eadem ratione, & interpretatione intelligi debet, l. 21. C. de pact. An extra ea, quæ in testamentis occurrunt, locus sit cautioni Mutiane.
- 8 Quædam obiectio contra superiora adducitur, & dissolvitur.
- 9 Si sine acceptilatione tollatur actio ipso jure, transactio potest esse sine acceptilatione, & num. 11. Hujus sententiæ exemplum sumitur ex l. 6. C. de transact. & quid in ea continentur. Actio querela inofficij testamenti quodam modo est actio injuriarum. Quare in l. 8. de inoffic. testam. pater invito filio ejus nomine querelam injuriarum non possit nec actionem injuriarum l. 9. de obligat. & action. Quare in l. 22. de inoffic. testam. exhereditatio datur indigno filio? Elevari equiparatio fit ex l. 2. §. 4. de collation. l. 13. & 28. de injur. l. 12. ad l. falcid. ad l. 1. §. 2. ff. si quid in frau patronor. Injuriarum actio assimulatione, & renunciatione tollitur l. 11 §. 1. de injur. Quare tollitur eadem ratio l. 8. §. 1. de inoffic. testam. l. 1. C. de integ rest minor. Etiam morte actio injuriarum pacto, aut transactione tollitur l. 17. §. 1. de pact. Eodem modo querela tollitur, & explicatur l. 8. §. 1. de inoffic. testam. l. 6. C. de transactio & num. seqq. An pater suo nomine rectè agere possit actione injuriarum filio illata? An circa superiora sibi ipsi obstat Donellus demonstratur.
- 10 Traduntur dissimilitudines inter querelam, & actionem injuriarum. Actio injuriarum equaliter pacto, & transactione tollitur ipso jure. Circa querelam quæ differentia sit inter pactum & transactionem, ostenditur. Explicatur l. 27. de inoffic. testam. & cum l. 6. C. de transact. conciliatur. An eo casu, quo exhereditatus habet querelam, ejus hæres eam habere possit? Explicatur l. 6. §. ult. cum l. seq. l. 15. §. 1. ff. de inoffic. testam. Regulariter in jure quod licuit defuncto, licuit etiam ejus hæredi. Distinctio illa inter pactum, & transactionem in querela, regularis est in omnibus litibus. Id probatur ex l. 4. C. de posit. l. 15. §. 1. 29. §. 2. ad l. Jul. de adult.
- 11 Si extitit sit actio pristina, potest actor agere contra eum actione præscriptis verbis ex transactione. Apparet mens l. 6. C. de transact. & quare datur ibi actio præscriptis verbis. Quid intelligatur in l. 28. C. de transact. & l. 21. Hieronym. Q. 102, de Apicib. Iur. Civ.

C. de pact. dum dicitur actionem non dari ex transactione. Transactio, & ceteri contractus incerti gignunt obligationem à re sequuta.
- 12 Quare in dict. leg. 28. post factam transactionem dicatur, rei vindicationem adhuc durare? An reus agere possit contra creditorem ex transactione, si à lite non discedat? An statim quod discesserit à lite agere actor ex transactione possit? Quod tempus habeat reus, in quo conveniri non possit propter cessationem.
- 13 Quæ hucusque dicta sunt, ex parte actoris in transactione tenent. An ea debeant intelligi etiam ex parte rei, ostenditur. Reo nulla actio datur ex transactione, sed tantum exceptio. Actio negatoria non est inducta in litibus rerum corporaliu. Excipientes semper habent commodatam possessionem. Atinguntur §. 2. instit. de action. & §. 4. de interd.
- 14 Dominium non producit actionem, nisi ei domino, qui non possidet. Ex licatur in §. 1. institut. de action. versicul. quo casu l. 36. de rei vindicat. l. 21. §. ult. de judic. Quare in l. 49 & 73. §. ult. ad l. Falcid. l. 103. §. 4. de legat. 1. lex Falcidia non pariat actionem. Redditur ratio, quare petitio fideicommissi non datur in l. 2. C. de his, quæ sub modo. Eadem ratione intelliguntur l. ult. de dol. l. 1. §. 3. de eo per quem fact. erit.
- 15 Assignatur casus, in quo ex transactione actio competit reo. Rei judicatis statuitur, etiam si sententia iniqua sit. Explicatur l. 13. §. 3. de cond. indeb. cum l. 5. §. 1. de præsc. verb.
- 16 Quædam obiectio contra superiora adducta proponitur, & dissolvitur. Quæcumque interest in transactione acceptilationem in continenti adici, ostenditur.
- 17 Obstat superioribus legatum liberationis, quod reo parit actionem. Legato liberationis relicto, cogitur creditur ad acceptilationem. Traditur ratio differentie inter legatum liberationis, & transactionem. In testamentis neque falsa causa, quæcumque illa sit nocet. Actio qua nascitur in testamento quo jure datur actio ex testamento.
- 18 Conventiones inter vivos non sunt semper certæ, neque semper pariant actionem. Tota quæstio in conventionibus est, an causa subsistat, vel non. Atingitur etiam responsus, in l. 31. de obl. & act. Defunctorum voluntates plenius interpretandæ sunt, quam vivorum.
- 19 Solutioni superioris objectionis replicatur ex l. 7. §. 1. de dol. mal. & met. except. Ejus difficultas ponderatur, & explicatur verba: & habet hæc sententia, & c. Itaque obstaculo sufficienter respondetur ex ipsa lege.

- Natura equum est, ut reddatur quod ex non iusta causa ad aliquem pervenit.*
Stipulationis repetenda modus, nullus præter acceptilationem esse potest.
Quid consequatur actione præscriptis verbis, demonstratur.
- 20 *Aliud argumentum contra superius dicta proponitur.*
In transactione penitentia locum non esse ex l. 39. C. de trans. docetur.
Adducta difficultati respondetur ex l. 17. C. de trans. eaque explicatur.
Prætoris officium fuit minuire lites, l. 21. de reb. credit. l. 13. §. 3. de usufr. l. 1. §. 10. de oper. nov. nunciat.
Explicatur verbum facile in l. 10. C. de transact.
Quando in transactione possit dari locus penitentiae, ostenditur.

Doctor Retes lib. 2. opuscul. sect. 1. cap. 5. num. ultim. hæc sequentia scribit: *Dubitatur etiam de transactione, quam etiam innominatum contractum esse multis persuadere conatus fuit Corrasius lib. 1. miscellan. cap. 23. sed non rectè, quoniam neque est contractus, neque speciale pactum, sed causa pacificandi, qua negotio nomen dat, quoties de re incerta, & lite indecisum inveniuntur: itaque cum multi sit modi, quibus possit à lite discedi, tot sunt species transactionum. Nonnunquam enim disceditur interposita acceptilatione, & tunc tollitur actio ipso jure: nonnunquam adjecta stipulatione, & eo casu datur actio ex stipulatu, ut fidei placitorum stetur: nonnunquam tantum pacto, & exceptio competit ex eo, aut replicatio, l. si ve apud 28. C. de transact. Erit ergo transactio contractus innominatus, quando lis per contractus innominatos deciditur, veluti si feci, id est à lite discessi, ut daretur mihi centum, erit contractus facio ut des: vel si discessi, ut Romam iret erit, facio ut facias: & exinde incerta actio tanquam ex contractibus incertis nascetur l. cum mota 6. l. si pro fundo 33. C. eod. tit. Hæc ad litteram scripti ex dicto Authore, ut inspiciantur ejus fundamenta, quibus nos persuadere vult, ut credamus transactionem non esse contractum innominatum. Mihi tamen verissima semper visa fuit Corrasij sententia affirmantis transactionem esse contractum innominatum: ejus verò fundamenta supponimus, ne in alienis laboribus recitandis opus hoc molestum faciamus: & nunc aliis rationibus validissimis eam probabimus.*

2 *Itaque transactio est contractus incertus, quo reus aliquid præstat actori, ut is à lite discedat: illam contractum esse manifestè ait Imperator Alexander in l. cum te transigisse 5. C. de transaction. in illis verbis: Licet enim (ut proponis) nullum instrumentum intercesserit, tamen si de fide contractus concessione constet, &c. Idem ostendit Imperator Justinianus, in l. contractus 17. C. de fide instrum. ibi: Transactionem etiam, &c. Sed supponamus nullibi scriptum inveniri, transactionem esse contractum; adhuc constanter affirmabo, illam esse contractum innominatum, motus hinc duabus rationibus, quæ forsan non poterunt facilè convinci, Prima ratio est: omnis species do ut facias, vel facio ut facias, contractum facit innominatum, l. naturalis 5. §. at cum do 2. & §. pen. ff. de præsc. verb. at omnis transactio est ejus speciei, quia transactio nullo dato, vel retento, vel promisso minimè procedit, l. transactio 38. C. transactio. l. 1. ff. eod. tit. Donel.*

lib. 24. comm. Jur. civil. cap. 17. Philipp. Decius cons. 351. incipit. in causa, retentio quidem loco dationis est, l. quin etiam 2. & seq. ff. de culumniar. l. vel p. mutavit. 19. ff. de liber. cau. l. qua ratione 9. §. interdum 5. ff. de acquir. rer. domin. l. quo enim 12. §. ult. l. amplius 15. ff. ratum rem haberi l. si mulier. 10. ff. de cond. cau. dat. cau. non fecit. Ergo transactio est contractus innominatus. Secunda ratio est: omne pactum nudum est gratuitum, l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. ff. de pact. sed nulla transactio gratuita esse potest, ut probavimus ex dict. l. transactio 3. & d. l. 1. C. & ff. de trans. ergo transactio est contractus innominatus, & incertus: incertus, id est non certam habens substantiam, qualem habent emptio & venditio, vel ocario, & conductio, in quibus certum est, quid præstare debeat emptor, & venditor, locator, & conductor, l. in emptio nibus 44. ff. de pact. certum est quidem quid creditor, vel is qui litem minatur, præstet: utique enim id præstare debet, ut à lite discedat: sed hoc non est satis ad constituendum certum contractum: debet enim utraque ex parte certum esse: quod non est in transactione ex parte debitoris.

In contractibus incertis quamvis conventio præcesserit, tum demum definitur potest, an alter alteri præstare debeat; & quid debeat præstare, cum alter jam dederit, vel fecerit: ex datione enim, vel facto unius nascitur obligatio, & actio ad compellendum alterum, ut det vel faciat id, quod convenit: & licet orta sic obligatio ex datione unius retrotrahatur ad tempus conventionis, non tamen nascitur usque dum ex parte unius datur, vel fiat, l. 1. §. item emptio 2. ff. de rer. permutat. de quo longus scripti supra lib. 2. cap. 6. num. 28. & 35. Itaque datio, vel factum unius dicitur initium obligationis adversus alterum, in dict. §. item emptio. Dicitur verò causa, & postquam ea subest dict. l. juris gentium 7. §. sed & si 2. ff. de pact. si causa est, postquam illa posita est, postquam præcessit, & exitit; consequens est eam causam alterius obligationis fundamentum esse: & qualis ipsa est, talem in altero nasci obligationem ex eo, ut docuimus supra hoc lib. cap. 5. num. 9. 10. in fin. Ex quibus habemus duo summè notanda: primum, quòd in transactione, sicut in cæteris omnibus contractibus innominatis conventio præcedere debeat de dando, vel faciendo quemadmodum proponitur in l. naturalis 5. ff. de præscr. verb. nam sine conventionem constare non potest, de quo alio dando, vel faciendo convenerit, pro alio dato, vel facto: & eà ratione, in l. ultim. ff. de cond. cau. dat. ca. non sequit. quia conventio non præcessit; idèd Celsus ait se in id procliviorè esse, ut nulla alia sit obligatio, quam ob rem dati non sequata: cuiusmodi ob rem dati obligatio, non habet prius de reddenda re, conventionem, non est contractus; quia per eam obligationem reperitur tantum id quod datum est, vel factum, vel ejus æstimatio, postquam alter ex sua parte dare non vult, de cujus legis interpretatione latissimè egi supra dict. cap. 6. per tot.

Alterum est notatu dignum, quòd hæc conventio, quæ præcedit: puta *dabo tibi, vel faciam, ut à lite discedas*, non sit efficax statim ad producendam actionem, donec discessio à lite re ipsa sequuta sit, id est donec pristina actio ipso jure tollatur, & extincta sit: quod omne habet transactio ex genere cæterorum contractuum, cujus & ipse speciosus est. Cave tamen, nè dicas omnes contractus incertos interim, dum non subest causa, pacta nuda esse: non enim

enim creditor donationis causa litem remittit, sed illam remittit, ut sibi aliquid detur, vel fiat, dict. l. 1. ff. de transactio. sicut in cæteris incertis contractibus alter non simpliciter donat, seu dat donationis causa, sed ut ei vicissim aliquid ab alio contrahente detur, vel fiat: contractus enim isti amplius quam præstatunt, quamvis antequam subest causa, id est, antequam ab uno detur, vel fiat, nondum perfecti sint: postquam verò causa subest, initium conventionis respicimus; & tunc dicuntur perfecti, quando ex his nascitur obligatio, quia illa est omnimoda perfectio contractus: & ea de causa confunditur sæpè obligatio, & contractus, l. omnem 20. ff. de judic. l. Labeo 19. ff. de verborum signific. Unde provenit, quòd si inter nos convenisset, ut tu mihi decem dares, & ego discederem à lite, quam tecum institui, quandiu verè, & re ipsa non subest causa, videlicet quandiu nec tu dedisti, nec ego à lite discessi, non possit contractus hic transactionis dici perfectus, quia nondum obligatio est; sed ramen nec nudum pactum est, quia contractus causa factum est, & contractus formam habet, quia conventio omnino dat formam contractui, dict. l. 1. juris gentium 7. §. qui ino 5. ff. de pact. & idèd sine dubio vocatur plerumque pactum transactionis, permutationis, divisionis, &c. ut diximus supra dict. lib. 2. cap. 6. num. 33. & 36. Itaque non rectè agunt, qui transactionem definiunt per pactum, quia uniuscujusque rei definitio debet deduci à proximiorè genere; & proximum transactionis genus est contractus incertus: Undè cum totam suam substantiam à contractibus innominatis, tanquam à suo genere transactio sumat quicquid in his est, ad transactionem adaptandum esse certum est.

Undè cum omnis contractus incertus proveniat ab una istarum trium conventionum formà, *do ut des, do ut facias, facio ut facias*. (nam *facio ut des*, contractum facere non potest, neque ex ea conventionem nascitur ulla civilis actio, sed tantum doli mali, l. naturalis 5. §. quod si faciam 3. ff. de præscr. verb. de quo diximus abundè supra dict. cap. 6. num. 22. & seqq. & hoc lib. 3. cap. 10.) Inquirere oportet, ad quam illarum pertineat conventio transactionis? Itaque dico, transactionem secundum varietatem rei promissæ vel esse contractum, *do, ut facias*, vel *facio ut facias*: Nam si reus, qui convenitur, vel timet conveniri, ad eum, qui litem movet, ultrò accedat, & cum eo conveniat se aliquid daturum, vel facturum, ut ille discedat à lite, quod facere est; litigare enim res facti est, ut constat ex dict. l. 5. §. sed si facio 4. ff. de præscr. verb. potest etiam id facere, & erit contractus, *do ut facias*: si verò reus promittat se aliquid facturum, ut à lite actor discedat, tunc erit contractus, *facio ut facias*. In quibus duabus speciebus hoc notandum est, quòd quando est contractus *do, ut facias*, si conventio transactionis inceperit ab actore, id est ille promittat prius se à lite discessurum, & postea reus promittat se daturum, nullum negotium civile constituitur: si verò conventio, quæ intervenit, sit *facio ut facias*, nihil interfit, an à reo incipiat contractus, an ab actore: quia factum, quod ex utraque parte intervenit, postquam fiat, sufficiens, & per causa est ad aliud factum, ut diximus suprascriptis locis. Itaque si transactio sit, *do ut facias*, & conventio incipiat à datione, & non à facto, vel sit *facio, ut facias*, erit contractus incertus, & civile negotium: & hæc habet communia cum cæteris contractibus incertis contractus transactionis: tamen habet multa specialia, & sibi ipsi propria, quibus prima fronte videtur, transactionem non

esse contractum, ut in sequentibus dicemus.

Manifestum est contractum esse non posse, qui obligationem, & actionem non producit: nam definitio contractus est ultrò, citòque obligatio, l. Labeo 19. ff. de verborum signific. Itaque si obligatio ultrò citòque non est in transactione, quomodo ei convenire poterit definitio contractus; et si definitio contractus non convenit, quomodo contractus esse potest? Itaque paucissimis in locis dicitur transactio actionem parere: & in toto tit. ff. de transact. nullibi fit mentio actionis ex transactione: & in C. eodem tit. duobus tantum in locis, scilicet in l. cum mota 6. & l. si pro fundo 33. in qua dici potest actionem præscriptis verbis, quæ datur, non tam ex causa transactionis provenire, quam ex permutatione duorum fundorum, quæ in dict. l. facta est transactionis causa: potest enim transactio excedere terminos discessionis à lite sine transactionis detrimento; maxime cum non sit certa transactionis natura. In dict. l. si pro fundo, est permutatio duorum fundorum: unius, de quo controversia erat, quem reus retinet quasi sibi ab actore datum; sicque quodammodo proficundo fundum actoris esse: alterius verò fundi, quem pro alio fundo vicissim dat reus actori. Circa quam legem aliqua reperies scripta apud Bacou. advers. Anton. Fab. in chiliad. ultim. de cad. 100. error. 9. num. 12. Undè sola, & singularis sima lex, ex qua probari possit; transactionem contractum esse ex eo quòd obligationem, actionem paria, est text. in d. l. cum mota 6. C. de transactio.

Sed sive ab una tantum legis specie, sive ex pluribus probetur, transactionem contractum incertum esse certissimum est. In qua diligenter notari convenit, creditori tantum ex transactio adversus reum actionem dari posse; quæ actione agat, ut sibi detur, vel fiat quod convenit inter ipsos, vel id quod sua interest, sibi illud datum, vel factum esse: nam reo nunquam actio datur, sed tantum exceptio, ut inferius num. 13. & seqq. demonstrabo. Illam verò actionem, quam creditor habet ex transactione, tunc demum habere potest, cum à lite discesserit omnino, ut dixi supra num. 14 quia ea sola causa potest subesse ex parte actoris, & debet, antequam ex transactione agere possit. Si quòd promittit actor nempe discessionem à lite, consisteret propriè in facièndo, non est dubium, quòd postquam fecisset actor id quod ex sua parte implere promissit, ex transactione agere posset, dict. l. naturalis 5. §. sed si facio 4. ff. de præscr. verb. sed discessio à lite consistit magis in non facièndo, nempe in non agendo, in non litigando; de quo non facièndo certum esse non potest, antequam reus ipso jure liberatus sit, puta per Acceptilationem, vel Aquilianam stipulationem: alioquin dum reus non est certus de discessionem à lite, de quo non potest esse certus, nisi suprascriptis modis liberatus ipso jure sit ab obligatione, non videtur actor quod ex sua parte promissit, implevisse: nam et si hodie se abstinerit à lite, cràs litigare poterit. Et hac de causa, & ratione antiquius consuetum erat, pacto transactionis Aquilianam stipulationem subjici, ut creditor statim ex transactione agere posset, l. pacto conventio 13. ff. de transactio. ubi verò non subjiciebatur illa stipulatio, nullus esse poterat actori modus agendi ex transactione, quasi nunquam transactionem ex sua parte adimplevisset: & idèd in l. si ve apud 28. C. de transact. dicitur transactionem pactum tantum esse. & ex eo non potuisse oriri actionem quod ita intelligendum est, cum actor de vindicatione, super

qua transactum est, reum certò non liberasset, vel transactioni ex parte sua non satisfecisset: *penante rerum vindicatione*, inquit textus, *si exceptio pacti opposita fuerit*, &c. Itaque pendente adhuc rei vindicatione, id est per acceptilationem nondum ipso jure extincta, non potest videri actori dedisse reo car res, de quibus transactum fuit: & idèd non potest quasi dederit, aut transactionem impleverit, ex transactione actionem habere. Eodem modo intelligendus est text. in l. cum proponas 21. C. de pact. Neque cautioni Mutianæ in hac specie locus esse possit, quia illa tantum inventa est ad ea, quæ conditionaliter in testamentis relinquuntur, non verò ad ea, quæ inter vivos, vel sub modo expressa sunt l. Mutiana 7. ff. de cond. & demonst.

8 Neque obstat, si quis dicat transactionem non esse contractum ex eo, quod ex parte creditoris opus sit acceptilatione ad hoc, ut actor ex transactione agere possit: nam responderetur, non ex eo minus contractum esse; & acceptilationem nihil transactioni addidisse ex eo apparet, quod Acceptilatio ad distrahendam quamcunque pristinam obligationem inventa fuit: & in transactione ut actor agere valeat, requiritur quod ex sua parte fidem transactionis adimpleat; & non potest esse certum adimplevisse, si per Acceptilationem non esset ipso jure extincta obligatio & actio. Et certè cum Acceptilatio pro datione sit, ut probavimus supra hoc lib. cap. 6. vel pro facto, dum facto promisso adjungitur, nihil aliud probatur supradicta objectione, quam hoc, quod contractus, *eo ut facias*, vel *facio ut facias*, non sit contractus ex eo quod ex parte actoris necesse sit dari vel fieri ad hoc, ut ei competat obligatio, & actio adversus alterum, qui vicissim dare, vel facere promissit: quod quàm absurdè deducatur nemo non videret. Ex quibus etiam patet absurdè cogitaturum illum, qui dixerit transactionem non esse contractum innominatum ex eo quod in ea requiratur Acceptilatio ex parte actoris ad hoc, ut ei actio competat ad rectè agendum; quia Acceptilatio in transactione pro eo facto, vel datione habetur, qua opus est in quibuscunque contractibus incertis, ut alter eorum adversus alterum expectari possit: Quæ quidem datio, vel factum appellatur causa, quæ in his omnibus subesse debet, *aut l. juris gentium 7. ff. de pact.* Itaque sicut in cæteris contractibus incertis agi non potest, quin causa certa ex parte unius præcedat; ut puta, datio, aut factum ejus, quod promissum est: ita in transactione sine Acceptilatione, qua reus ipso jure liberetur à pristina obligatione actor nullatenus actionem ad agendum habebit, quia nulla ex parte ejus sub est causa.

9 Quam ob rem si actio, super qua transigitur, si ne Acceptilatione ipso jure extinguatur, quia ex parte actoris jam certè actum est, & transactionem is rectè adimplevit, transactio erit contractus incertus jam perfectus, ex quo dabitur actio præscriptis verbis, sicut, diximus supra hoc cap. num. 14. circa omnes contractus innominatos. Hujus rei elegans testimonium sumitur ex *dict. l. cum nota 6. C. de transact.* ubi agitur de quærela inofficiosi testamenti, quæ quidem quodammodo injuriarum actio est, & idèd pater eam filij nomine invito eo instituere non potest, l. Papinianus 8. ff. de inoffic. testam. quemadmodum nec injuriarum actionem, quia filius eam suo nomine potest exercere, l. filius familias 9. ff. de obligat. & action. & eodem sensu ex hæredatio dicitur indignatio filij in l. filius 22. ff. de inoffic. testam. Ulterius sicut actio injuriarum ma-

gis vindictam contumeliæ, & doloris prosequitur, quàm pecuniæ, licet pecuniariter tis aestimetur, l. cum emancipati 2. §. emancipatus 4. ff. de collat. honor. ita quærela inofficiosi testamenti principatim doloris, & notæ exheredationis quam pater filio immerenter inflixit, potius quàm hæreditatis, seu pecuniæ causam agit: quia ratione fit, ut quemadmodum injuriarum actio non comparatur in patrimonio cujusquam ante litem contestatam, l. injuriarum 1. l. injuriarum 20. ff. de injur. l. pater 32. ff. ad leg. Falcid. ita neque quærela inofficiosi, l. 1. §. sed si pater 8. ff. si quid in fraud. patroni. Præterea quemadmodum injuriarum actio diffinitur, omne, & renunciatione aboletur, l. non solum 11. §. 1. ff. de injur. ita & quærela inofficiosi d. l. Papinianus 8. §. si post rem 1. ff. de inoffic. testam. l. de integ. restit. minor. Denique etiam nota fuit injuriarum actio, tamen per pactum, vel transactionem ipso jure tolli potest, *aut l. non solum 11. §. 1. l. si tibi 17. c. 1. ff. de pact.* ergo & quærela inofficiosi, *dict. l. si quis post rem l. cum nota 6. C. de transact.* in quo §. si quis post rem dicitur quod si quis post rem inofficiosi ordinariam, litem derelinquerit, postea is non audiatur: itaque si non audatur, neque is ipse, cui injuria facta est, neque qui exheredatus est. mirum non erit, si hæres ejus non audiatur. l. non nisi 13. §. 1. ff. de inoffic. testam. l. si eum 10. §. qui injuriarum 2. ff. si quis caution. in judic. ff. cau. & de hoc hærede loquitur *dict. l. cum nota 6. C. de transact.* quod rationem summam habet, quia in hujusmodi rebus non plus conceditur hæredi, quàm illi ipsi, in quo prius jus radicatur, & à quo in hæredem descendit, quando usque in eum descendit, l. cum hic status 3. §. ait oratio 1. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. cum qui 3. ff. qui su. manum. ad libertat. pervenit. l. 1. §. si defunctus 3. ff. de reb. cor. qui sub tutel. vel cur. sunt. ff. decret. non alien. vel supponend. Hæc de similitudine quærelæ inofficiosi testamenti, & actionis injuriarum Donell. libr. 19. comment. jur. civ. cap. 4. & licet O. uvaldus ibi liter. E. injuriarum actionem nomine suo patrem exercere posse dicat ex §. patitur 2. institut. de injur. & l. in personis. de pact. id intelligendum est, quando proprio nomine pater eam exercet: nam si nomine filij eam exercere velit, & filius non repugnet, agenti patri exceptio pacti a filio inihi obstat: quod secus est, quando pater nomine proprio eam actionem movet. Et ita non obstat sibi ipse Donellus, qui a iud videtur statuisse, *lib. 1. comment. jur. civil. cap. 24 & ibi O. uvald. liter. N. idem Donell. dict. l. b. c. ap. 1. O. uvald. ibidem liter. K; Cujac. lib. 5. quæstion. Papinian. in l. plius familias 37. ubi est text. elegans ff. ad l. Jul. de adul. er. vide Anton. Faber in Jurisprudent. Papinian. tit. 8. princip. 6. tit. 7. Donell. lib. 8. comment. jur. civil. cap. 25. ibi O. uvald. liter. E. & lib. 19. cap. 1. O. uvald. ibi liter. M. & in dicit. lib. 15. cap. 2. liter. l. idem Cujac. lib. 14. quæstion. Papinian. in l. non nisi 13. §. 1. ff. de inoffic. testam. idem Donell. l. b. 2. comment. jur. civil. cap. 9. O. uvald. ibi liter. E. ubi conciliat text. in d. l. C. de integ. restit. minor. cum l. adolescentie 2. C. in quib. cau. in integ. restit. necess. non sit, & lib. 12. cap. 9. Cujac. lib. 13. quæstion. Papin. in l. cum quidam 14. ff. de bonorum possess. & passim apud Doctores.*

Dissimilitudo tamen est inter quærelam inofficiosi testamenti, & actionem injuriarum: nam actio injuriarum nullam admittit distinctionem inter pactum, & transactionem; nam si pactum nudum sit, sive transactio (quid inter se hæc duo distent. habet

bes num. 4.] & sive interponatur pactum nudum, sive transactio, æqualiter a terutto tollitur ipso jure actio injuriarum, *dict. l. non solum 11. §. 1. ff. de pact.* quærela verò inofficiosi testamenti differentiam inter pactum nudum, & transactionem admittit: nam si nudo pacto, id est gratis (nullum enim nudum pactum est, quod gratuitum non sit, ut dixi supra hoc cap. num. 2.) ea remittatur, relinquitur, vel ei renunciatum sit, remittens nunquam auditur, si postea eam voluerit repetere, seu movere *dict. l. Papinianus 8. §. si quis post rem ff. de inoffic. testam.* quia nullam excusationem afferre potest, quominus contra factum, vel pactum suum facere videatur, quod non licet: si verò non fuerit liberaliter remissa, sed aliquo promisso, quod postea reus, vel ejus, hæres præstare reat, tunc poterit exheredatus ipse litem instaurare adversus eum, qui transigit, aut adversus ejus hæredem, l. si instituta 17. ff. de inoffic. testam. Hoc tamen observandum est, quod licet exheredatus rupta fide transactionis integram habeat inofficiosi causam; hæres verò ejus non habeat, neque eam movere possit: si exheredatus ipse, dum vivit, eam non movisset, *dict. l. cum nota 6. C. de transact.* quæ sic concilianda est cum *dict. l. si instituta.* Donell. lib. 19. comment. jur. civil. cap. 6. & ibi O. uvald. liter. A. Duaren. ad tit. de inoffic. testam. cap. 17. Cujac. ad *dict. l. si instituta*, licet alij alias conciliandi rationes afferant, ut videre est apud O. uvaldum *dict. loc. liter. A. & K.* Eodem modo si exheredatus nondum quærelam instituerit, sed tantum præparaverit, nempè si aliquo modo ostenderit, se agere velle, l. si post mortem 6. §. ult. cum l. seq. ff. de inoffic. testam. quavis animum mutaverit per se, nihilominus ipse postea agere poterit; hæres verò ejus non poterit, *dict. l. non nisi 13. §. 1. dicit. tit.* quod proprium est quærelæ inofficiosi testamenti: nam in jure communi, id est regulariter in jure idem, quod licuit defuncto, etiam, ejus hæredi licet, l. sicut 8. §. si debitori 10. ff. quib. mod. p. gn. vel hypoth. solvit l. 1. C. de cond. inarb. Sed distinctio, quam circa quærelam attulimus inter transactionem, & pactum, regularis est, & juris communis: itaque in omnibus libris locum habere debet, l. postquam 4. C. de positi l. si maritus 15. §. si negaverit 5. l. maritus 29. §. plectitur. 2. ff. ad l. Jul. de adulter. si modo observetur differentia, quam circa hanc rem proposuimus inter ipsum exheredatum, & ejus hæredem, quæ jure communi locum non habet; sed ibi tantum, ubi actio injuriarum est, vel aliqua ejus similis, ut in *dict. l. cum nota C. de transact. & in dicit. §. si negaverit.*

Unde ut ad propositum redeamus, hoc certè firmum, & verissimum erit, ut si actio pristina, circa quam transactio facta fuerit, talis naturæ sit, ut remissa semel per transactionem (qualis est illa, quæ extat *dict. l. cum nota*) vel per pactum ita omnino tollatur, ut non possit iterum suscitari neque ab eo, qui transigit, neque ab ejus hærede: eo ipso quod resuscitari non potest, quasi ex parte transigentis omnino satisfactum sit transactionis, faciendo id, de quo convenit, & discedendo omnino, & in omne tempus à lite, & adversarium securum faciendo ab actione pristina poterit creditor actione præscriptis verbis agere ex transactione adversus pristinum reum, ut det vel faciat quod vicissim convenit se daturum, vel facturum; vel id, quod actoris interest, datum vel factum esse, l. naturalis 5. §. & si quidem 1. versio. dubium l. si tibi 7. ff. de præsc. verb. Et hæc est mens, & sensus.

Imperatoris Alexandri in *dict. l. cum nota C. de transact.* ubi quia actio quærelæ inofficiosi testamenti, circa quam transactum fuit, ipso jure extinguatur per transactionem, & facillimè omnino tollitur, ut constat ex *dub. num. præced.* idèd datur actio præscriptis verbis, quasi jam factum fuerit, & efficaciter adimpletum à transigente actore id, de quo in transactione convenerat, & sic melius explicat. *dict. lex*, quam illo modo, quo eam interpretatur refutatis aliorum explanationibus, Fachin. *controvers. jur. lit. 1. cap. 10.* (de explicatione, & intelligentia *dict. l. cum nota* circa illa verba *utis actio præscriptis* &c. egi supra hoc lib. cap. 1. num. 12.) Itaque hæc diligenter circa transactionem observanda sunt, & etiam illud, quod non ex eo, quod reperitur scriptum ex transactione non dari actionem præscriptis verbis uti in *l. si apud 28. C. de transact. & in l. cum proponas 21. C. de pact.* statim debeat deduci transactionem non esse contractum, quasi hoc vitium transactionis sit, quod non est, sed potius creditoris transigentis, qui contractum non paravit adhuc, dum non fecerit id, quo actio pristina omnino extincta sit, & sic in perpetuum à lite discesserit: cum enim discessio à lite in non faciendo consistat, non poterit actor in tota vita sua aliter (aut facere transactioni: quæ omnia sunt communia omnibus contractibus incertis, qui sumunt initium obligationis à re demum sequuta, ut dixi supra hoc cap. num. 13. in quibus (si verum in transactione esset, quod ex eo quod non detur actio ex transactione, usque dum ab actore perfectè discessum esset à lite, transactio non sit contractus) etiam faciendum erat hoc argumentum circa conventionem, quæ interposita est in omnibus contractibus innominatis, cum non detur in eis actio usque dum ab una parte contrahentium res sequatur, ergo non sunt contractus: quod quàm falsum sit, superiora legenti facillè occurret.

Et ea causa in *l. si apud 28. C. de transact.* ubi actor nondum à lite discesserit ita efficaciter ut reum ipso jure liberaverit à pristina obligatione, seu actione rei vindicationis, qua tenebatur obstrictus; rectè dicitur rei vindicationem, qua antea agebatur, adhuc pendere, & creditori illum unicum modum superesse, quo urgere possit adversarium suum, ut placitis obsequatur: rei vindicatio integra est, dum neque ab actore remissa sit actio per acceptilationem, vel à reo datum id, de quo convenerat: itaque si reus rei vindicatione conventus ex pacto transactionis excipiendo, actionem intendat removere, creditor poterit de dolo, vel in factum replicare, quia videtur in dolo esse, vel saltem beneficio transactionis indignum eum, qui placito transactionis obtemperare nolit. Actor verò si agat contra quod transactum est, non est in dolo, quia agit, postquam cessando expertus est moram debitoris: quod si amplius, quàm cessare à lite præstare creditor deberet præter cessationem, si id non præstaret, rectè reus exciperet, & ejus exceptioni nihil replicare, aut respondere actor posset: ubi verò nihil amplius convenit, nisi cessare, aut non litigare, non est necesse, ut diutius cesset; satis enim est aliquantulum cessasse, scilicet quanto tempore poverit adversarius dare, vel facere id, quod convenit, ne alioquin contra creditorem hæc iniquitas resultaret, nempè quod nunquam id, quod sibi debetur, ille consequi posset quasi neque habens actionem ex transactione, & ab actione pristina per transactionem exclusus. Cæterum aliquod tempus expectare, & cessare actor debet, quantum scilicet reus dare,

vel facere posset id, quod convenit: intra quod tempus si creditor agat, exceptionem habet reus, quamvis non offerat: & sic sine dubio interpretandus, & intelligendus est imperator Diocletianus cum Maximiano l. si minor annis 36. C. de transact.

13 His, quæ ex parte actoris diximus, rectè cogitatis nemo audebit negare transactionem contractum innominatum esse. Videamus nunc si idem dici possit & debeat in transactione circa ea, quæ sunt ex parte rei, & an actio ei detur ex transactione in eo casu, quo ille ex sua parte paruit conventioni danti vel faciendo id, quod convenit; & actor noluerit discedere à lite? Et primò certum est reo nullam ex transactione dari actionem; & nulli in toto iure (cujus ego meminerim) reperitur scriptum illam dari: & certe non datur, non ex eo, quod transactio non sit contractus innominatus ut supra adducti Authores crediderunt, sed ex eo quod actio, etiam si daretur nihil operaretur, quam ut reus pristinum creditorem cogeret à pristina lite discedere, vel sibi solvere quanta sua interest discessum esse: sed ad cogendum adversarium nè litiget, actione ulla opus non est, quia sufficit ei reo adversus agentem exceptio: ergo non dabitur ex transactione ulla actio reo, quia materia, circa quam transactio est sine actione potest expediri. Si aliqua actio necessariò danda esset reo negatoria actio, & de jure alieno esse oporteret, qua negaret reus, actori jus petendi non esse id, de quo inter eos transactum est, vel id, quod petitur, se non debere: sed hoc genus actionum negatariorum non est proditum in libris rerum corporalium, §. *æquè si agat* 2. *insitut. de action.* ergo nequè hæc actio negatoria, nequè ulla alia ex transactione reo competere potest: vitium verò hoc transactionis non est, neque ex eo minus contractum esse videri potest, quod eo casu non pariat actionem, sed est vitium ipsius rei, de qua agitur, quæ non permittit actionem. Sed si vigilantius attendamus, nullum hinc vitium reperitur; cum tantumdem præstet exceptio, quæ datur, quam daret actio ipsa, si daretur: imò plus dat exceptio, postquam illa habet sibi adjunctam possessionem, & excipiens gaudet commoditate possessionis, §. *ratinæ* 4. *insitut. de iuracit.* debitor enim semper possessor est, d. §. *æquè si agat*: & hoc certissimum est, quod in libris, & controversiis rerum quæ corporales sunt, litigando facimus semper possessorem eum, adversus quem litem movemus, l. 1. §. *operis* 6. l. *de pupillo* 5. §. *meminisse* 10. ff. *de oper. non nunciat.* ut ex Donello, & Roberto tradit Oluvald lib. 15. *comment. Donell. cap. 45. liter. R.* & ea de causa transactio actionem non parit reo, cum veluti possessor litis sit, & exceptione quandoque litigare volentem possit removere.

Hoc duobus exemplis ad rem, quam pertractamus, adæquatissimis omninò declarabo. Dominium nunquam parit actionem domino, si is cum domino etiam habeat possessionem ejus rei, cujus dominus est; sed tantum actionem parit ei domino, qui possessor ejus non est, tot. *tit. de rei vind.* §. 1. *insitut. de act. ibi Quo casu prodita actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmat, possessor autem dominum ejus se esse dicat, l. qui pretorio* 36. ff. *de rei vindicat.* l. non aliàs 24. §. *ultim. ff. de judic. l. actionum* 25. ff. *de obligation. & action.* l. 1. C. *ubi in rem actio*, nunquam enim possessori ultrò actio datur. Ratio est, quia sufficit ei, quod possideat, l. 1. §. *interdictum autem* 5. ff. *uti possidetis*, faciat l. *inter illum* 41. ff. *de pact. l. emptio* 3. *versicul. item venditorem* ff. *de rescind. vendit. dist.*

§. 1. *versicul. at cum eo agit insitut. de act.* Oluvald lib. 20. *comment. Donell. capite 3. litera B, in fin.* V. Velembach, in *rubric. C. de rei vindicat.* Donel. *dist. lib. cap. 4. versic. sunt*, & alij, quos adhuc Oluvald, *ibi liter. A.* Alterum exemplum est, quod lex falcidia non pariat hæredi actionem de quarta parte, quæ deducenda est de legatis, quamvis ipso jure minuat legata ex ea parte, quæ quarta falcidiae correspondet: ratio est, quia ipse hæres possessor est rerum hereditariarum, l. *Plautius* 49. l. *in quantitate* 73. §. *ult. ff. ad leg. falcid. l. si servus* 108. §. *Stebium* 4. ff. *de leg. 1. l. 1. ff. quod legator.* Itaque si aliquando contingat, ut hæres non possideat statim datur ei in rem actio: ut in l. *lineam* 26. ff. *ad leg. falcid.* ut dicimus copiosius infra lib. 5. cap. 10. ea ratione, qua in l. *ex his verbis* 2. C. *de his. que sub modo* non datur petitio fideicommissi ei, à quo exigere debitum prohibitus est hæres per testatorem, vel is qui legatum, vel fideicommissum eo onere accepit à testatore; sed tantum ei datur exceptio, quamvis regulare sit, ut datur actio omnibus alijs, scilicet omnibus, qui non possident. Ad idem pertinet, *ut. ff. de aol. & l. 1. §. si reus* 3. ff. *de eo, per quem fact. erit quominus in jud. sist.* & sicut in illis exemplis, in transactione etiam philosophandum est: nam ex eo ibi non datur actio, quia est quasi possessor litis reus ille, qui de lite dubia transactionem cum actore interposuit.

Unus solus casus est, in quo reus, qui transactionis conventioni ex una parte paruit; & id, quod convenit in ea, adimplevit; actionem habere potest, nimirum quando non habita ratione suæ exceptionis, vel si eam non opposuit actori, conematus sit, nam tunc licet stetur rei judicæ propter magnam ejus auctoritatem, quamvis illa condemnatio iniqua sit l. *si paternatus* 12. §. *si quis cum esse* ff. *de bon. libert. l. seruo* 65. §. *cum prator* 1. ff. *ad S. C. Treb. l. Barbarius philippus* 3. ff. *de offic. prator.* Ant. Fab. in *jur. Pap. tit. 1. princ. 4. ill. 1. tit. 4. princ. 2. ill. 1. tit. 12. princ. 1. ill. 9. & 10. & princ. 3. ill. 13. tit. 2. 3. princ. 3. in princ. & lib. 8. consuet. cap. 18. D. D. Martin. de Larreategui lib. 4. *selectar. jur. civil. disputat. capit. 3. numer. 5. & lib. 3. capit. 8. numer. 3.* tamen condemnatus habet repetitionem ejus, quod dedit propter transactionem, l. *eleganter* 23. §. *si quis post transactionem* 3. ff. *de cond. in deb.* In quo præcisè notandum est, hanc actionem, seu repetitionem, qua repetit rem, quam dederat propter transactionem, non provenire ex ipsa transactione, sed descendere omninò ex æquitate naturali, qua repetitur semper id, quod causa datum causa sequuta non fuit: de quo abundè diximus supra libro 2. cap. 6. numer. 6. 15. & seqq. & passim in hoc lib. 3. Imò hæc repetitio omninò contraria est transactioni eamquè evertit, & rescindit, & ex transactione, quæ verè interposita fuit redditur quasi ob causam datum causa non sequuta, id est quasi ob transactionem datum transactione non sequuta, l. *naturalis* 5. §. 1. ff. *de presc. verb.* quod dilectè Ulpianus comprobat in *dist. l. eleganter dist. §. si quis post transactionem* in his verbis: *neque repetit solet quod ob causam datum est causa sequuta sed hic non videtur causa sequuta, cum transactioni non stetur.**

Sed his quæ diximus, puta reum transigentem non habere actionem, qua cogatur creditor, ut ei accepto ferat debitum, de quo transactum fuit, sed sufficere ei solam exceptionem; obstat dicere, quod finis, quam respicit transactio, sit ut lis finiat l. 1. ff. *de transact.* Itaque cum tutius sit nè unquam de re transacta lis suscitari possit, & hoc consequatur

sequatur solum liberato per acceptilationem reo, ut diximus supra hoc cap. num. 8. & seqq. inde videbatur dicendum, debere dari actionem etiam reo, qua cogeret actorem, ut ei accepto ferret debitum de quo transactum erat. Sed respondendum est, id optimum esse, & sic statuendum, & faciendum, si pacto transactionis id addere curaverit reus, ut acceptilationem eum creditor liberet à pristina obligatione, & in continenti ei accepto latum sit: quod frequenter ita fieri solitum antiquitus docuimus, ex l. *pactio* 15. ff. *de transact. supra num. 7.* Non sine causa dixi & in continenti ei accepto latum sit, nam si convenit tantum de acceptilatione interponenda, & non sit in continenti interposita ipsa acceptilatio, quamvis conventio de interponenda in continenti apponatur, non poterit debitori esse actio; sed solum quando debitor dederit actori aliquid, de quo convenit, ut à lite discedat. In quo etiam casu licet ex transactione descendere videatur actio illa, quæ datur reo ad cogendum, creditorem, ut eum liberet per acceptilationem; tamen dicam non esse illam simplicem acceptilationem, sed specialiter contractum, de ut des esse, transactionis causâ interpositum, quia contractus ille jus, & causam simplicis transactionis excedit, quia per acceptilationem res certa, & indubitata remittitur, quamvis non remittatur gratis, perfecta enim est acceptilatio, seu liberatio, & nisi verum sit quod in acceptilatione demonstratur, ut tradit Paulus, in l. *usque* 4. ff. *de acceptilat.* imperfecta est acceptilatio seu liberatio quod in transactione non est necessarium, l. *in summa in princ.* & §. 1. ff. *de cond. in deb.* Unde si conventio tantum fuerit interposita, quod creditor discedat à lite, tunc erit propriè, & simpliciter transactio, quam non extendimus usque ad acceptilationem, quia major acceptilatio, & ipse aliorum contractus est transactione, & ex abundantè interponitur *argum. text. in l. si pupilli* 6. §. 1. *in fin. ff. de negot. gest.* Et hæc addere debuit Doctor Josephus Fernandez à Retes ad explanationem *dist. l. & non ex ea deducere hanc consequentiam: ergo transactio erit contractus innominatus, quando lis per contractus innominatos decidit: tunc enim erit specialius contractus innominatus, veluti de ut des, interpositus causa transactionis, & non est transactio, quia tunc propriè est transactio, quando de lite, & re incerta deciditur absque intervenitu alterius contractus innominati: & eo sensu dicimus transactionem per se esse contractum innominatum. Eadem nota dignus est idem Retes *dist. lib. 2. opusc. sect. 2. cap. 1. num. 10.**

17 Sed objicies: legatum liberationis per interpretationem extenditur usque ad præstandam actionem, qua hæres cogatur acceptum facere legatario id, quod legatarius debebat, l. *cum quis* 37. §. *nuptura* 4. ff. *de legat. 3. l. liberationem.* 3. §. *nunc de effectu* 3. l. *quod mihi* 22. ff. *de liberat. legat. l. dolo* 8. ff. *de dol. mal. & met. except. §. si quis debitori* 13. *insitut. de legat. l. si creditoris* 17. C. *de fideicom.* Cujac. lib. 19. *quest. Papin. in dist. l. quod mihi* 22. Donel. lib. 8. *comm. jur. civil. cap. 19. & lib. 16. cap. 22. ibidem Oluvald. liter. D.* ergo etiam in contractu transactionis ex parte rei transactio debet extendi usque ad productionem actionis, qua actor cogatur acceptum ferre reo id, de quo convenit. Sed respondendum est, magnam esse diversitatem inter testamentum, & viventium conventiones: nam ea est autoritas testamenti, ut ex illo agit possit per se sine respectu ullius precedentis causæ: itaque

in testamento non est necesse quærere, an præcedens causa sufficiens sit ad producendam obligationem faciendi tantum, an etiam dandi: cum in eo neque facta causa, quæcumque illa sit, legato possit nocere, *demonstratio* 17. §. *quod autem* 2. l. *cum tale.* 72. §. *falsam causam* 6. ff. *de cond. & demonstr. §. longe* 32. *insitut. de legat.* Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 12. princ. 1. ill. 56. & in ration. ad l. si autem* 9. ff. *de insitut. testam.* Donel. lib. 8. *comm. jur. civil. cap. 4.* Cujac. lib. 18. *quest. Papin. in dist. l. cum tale dist. §. falsam causam: ratio est, quia causa testamenti tota liberalitatis est, quæ si ei non esset adjuncta, jus testamenti nuda liberalitas esset, & nudæ pacti, seu donationis tantum vim haberet: à testamento verò velamentum, & vim habet ad producendam omnem omninò actionem, quia testamentum nullo alio juvamine extrinseco indiget, sed sibi ipsi per se ad omnia sufficit: & ea de causa actio quæ ex eo nascitur, usu juris dicitur actio ex testamento, §. *si res* 6. *insitut. de legat. l. seruo* 69. §. *ult. l. non quocunque* 82. l. *questum* 9. §. *ult. ff. de legat. 1. l. qui concubinam* 29. §. *si hæres* 3. ff. *de legat. 3.* Donel. lib. 8. *comm. jur. civil. cap. 36.**

Conventiones verò, quæ ad contrahendum interponuntur inter vivos, non semper omninò certæ sunt, aut omnimodò actionem pariunt per se, sed producant eam per causam, quæ subest, l. *juris gentium* 7. §. *sed & si* 2. ff. *de pact. de quo passim in præcedentibus diximus. Itaque quæstio, an ex conventionione actio danda sit, & quatenus danda sit; tota pendet ex causa, quæ subest; id est ex eo, quod alter ad alterum obligandum dedit, vel fecit: quæ quidem causa si idonea sit, & sufficiens ad producendam de eo quod convenit, actionem; dabitur actio: si non sit sufficiens, non datur. Ab isto jure, quod naturale est, & mera æquitas discessionem à lite extendere usque ad Acceptilationem nobis licere non potest; quia in ea re, quæ ex duorum, vel plurium placitu provenit, & perficitur, qualis est omnis contractus, sive certus, sive incertus, temerè discedendum non est ab eo, quod nominatim actum est; nam omnium voluntas æqualiter spectari debet, neque potest in transactione favori debitori dando actionem de Acceptilatione extra conventionem expressam sine injuria creditoris; cujus proculdubio non fuit ea cogitatio, seu voluntas, ut eleganter tradit Martianus in l. *non solum* 31. ff. *de obligat. & action.* Joann. Borcholt. *de verborum obligation. capite 6. numero* 117. Joann. Daut. *de testament. numer. 239.* In ea verò re, quæ ex unius tantum voluntate formatur, quale est, testamentum liberis est defunctorum voluntates plenius interpretari, & de uno ad aliud extendi, l. *plenum* 12. §. *sed si pecoris* 2. ff. *de usu, & habitat. l. in testamentis* 12. ff. *de regul. jur. l. voluntatis* 7. *Codice de fideicom.* Anton. Fab. lib. 6. *consuet. cap. 12.* Oluvald. *dist. lib. 6. comment. Donel. capit. 18. liter. 1.* D. D. Martin. de Larreategui lib. 5. *selectar. jur. civil. disp. cap. 5. n. 2. & lib. 7. cap. 3. num. 1.**

Sed adhuc replicari acriter potest ex Ulpiano in l. *Julianus* 7. §. *idem Julianus* 1. ff. *de dol. mal. & met. except.* quia aperte videtur probare etiam in contractibus conventiones per interpretationem extendi usque ad acceptilationem: ibi enim tradit, quod si ego credidisset, Titium creditorem meum esse, & justissem de eo, qui credebatur meum debitorem esse, cum non esset, solvere Titio id, quod mihi debere existimabar, & Seius promississet se daturum. Titio quantitatem, quam mihi debere credebatur contra Titium agentem, non solum excipere posse Seium, sed

sed etiam agere, ut Titius acceptam faceret stipulationem, quam Seius contraxit: ergo conventio ex parte rei non solum producit exceptionem, sed etiam per interpretationem extendi debet usque ad acceptilationem. Crescit difficultas ex finalibus verbis dicti §. idem Julianus: & habet hac sententia Ulpiani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione, & conditione, cui sum obligatus, quibus optimam esse sententiam illam, & humanitatis plenam tradit: ergo non obstabit in transactione, quæ contractus innominatus est, præter exceptionem reo competentem etiam dari actionem, qua actorem cogat, ut acceptilatione reum liberet à pristina obligatione. Sed respondendum est, illum textum non obstare hucusque dictis, ibi enim agitur de conditione naturali ex æquo, & bono proveniente ad repetendum id ipsum, quod datum est: quia naturæ conveniens est, ut reddatur id, quod non ex iusta causa ad aliquem pervenerit: de qua confectione scripsimus copiosè supra lib. 2. cap. 6. num. 6. & seqq. & passim etiam hoc lib. 3. & quod datum fuit in dicti §. idem Julianus, fuit stipulatio indebita; cuius repetendæ modus, nullus præter acceptilationem esse potest, quia stipulationis obligatio, quæ verbis contracta est, non potest tolli nisi acceptilatione, quæ verbis concipitur. Itaque de hac naturali conditione, de qua loquitur textus ibi: & conditione, cui sum obligatus, non potest fieri recta argumentatio ad actionem directam ex transactione, ut potè ex negotio civili: qua quidem actione non repetitur id tantum, quod datum est, sed petitur aliud, quod creditorem se datum convenit; vel id, quod interest reo, id datum esse, ut ex l. naturalis §. 1. l. si tibi docem. 7. ff. de præsc. verb. in superioribus passim docuimus.

20 Alterum argumentum, & non leve ad impugnandum id, quod docuimus, scilicet transactionem contractum innominatum esse, hac consideratione formatur. In omnibus contractibus incertis locus pœnitentiæ aded est, secundum ea, quæ scriptimus supra lib. 2. cap. 6. num. 14. in fin. num. 15. & seqq. ut post pactum contractus incerti interpositum, veluti in permutatione, possit unus sine consensu alterius discedere à conventionione, & non servare fidem permutationis, & nec tradere, nec accipere velle id, quod convenerit; imò (& quod plus est) qui prius tradiderit, potest adhuc pœnitere; & potius id, quod dederat, repetere quasi ob rem datum re non sequuta, quam petere id, de quo convenit, vel quod sua interest. Qui verò accepit, jam pœnitere non potest, & etiam si ex permutatione agatur adversus eum, non potest effugere condemnationem, neque reculare, nè det id, quod convenerat se datum: de quod non minus doctè, quam fuscè scripsit Doctor Josephus Fernandez à Retes lib. 1. opusc. sect. 3. cap. 1. & seq. ex l. si pecuniam §. ff. de cond. cau. dat. cau. non sequit. sed in transactione pœnitentiæ locus non est, l. quomodo 39. C. de transact. cuius hæc sunt verba: Quamvis eum qui passus est statim pœniteat, transactio tamen rescindi, & lis instaurari non potest: & qui tibi iussit intra certum tempus licere à transactione recedere, falsum asseveravit l. fratris 10. Cod. eodem tit. Ergo transactio non est contractus innominatus. Sed respondendum est, quod licet hac in re transactio distet, & recedat multum à suo genere contractuum innominatorum, adhuc tamen contractus innominatus sit: nam etsi in illis contingat, postquam traditione, vel factu perficiantur, quatenus causa subest, & dum perficiantur ab eo, qui ex parte sua

implevit, æquum sit in gratiam ejus perfectum videri contractum ad hoc, ut ei actio detur adversus alterum, non autem contra se ipsum; vel ita, ut quod alteri dedit, ejusve causa facit, revocare non possit, l. nulla 25. ff. de legib. l. Carbonianum 1. §. dicit ff. de Carbon. edic. l. naturalis §. 1. & 2. ff. de prescript. ver. lu. transactione verò non facile admittitur pœnitentia, quod certum est hoc tamen non ex eo provenit, quod transactio non sit contractus innominatus, sed ex fiducia, quæ fuit de prætoris circa licet minuendas studio, & diligentia: ad ejus enim officium maximè pertinere curam minuendam litium docet text. in l. quidam 21. in fin. ff. de rebus credit. l. si cuius 13. & sed si inter 3. ff. de usufruct. l. 1. §. inde queritur 10. ff. de oper. non nunciat. & illam rationem denotat Imperator in d. l. fratris, in his verbis: Nullus enim erit litium finis si à transactione bona fide interposita acceperit facile discedi, quod doctè etiam præsentit idem Doctor Retes lib. 2. opusc. sect. 2. cap. num. 10. ex l. ult. ff. pro soc. Et eà ratione solà reo, qui velit pœnitere negatur repetitio rei à se transactionis causâ traditæ, vel actio de eo, quod ejus interest non fecisse id, quod propter transactionem fecerat: quam actionem si non repugnet hæc alia causa, & ratio fundendarum litium, ex natura contractuum innominatorum reus certè etiam ex transactione haberet, l. cum proponas 17. C. de transact. Datur tamen reo exceptio transactionis adversus creditorem agentem ex pristina causa; & tunc etiam habebit transactionis pœnitentiam: quod significat verbum illud facile positum in dict. l. fratris C. eod. tit. aliter non datur pœnitentiæ locus reo, nisi in eo casu, quo creditor contra eum ageret ex pristina obligatione. Ergo rectè manet probatum transactionem per se contractum innominatum esse. Et his etiam absolutus manet tractatus de pœnere contractus facio ut facias.

CAPUT XIII.

De aliquibus speciebus, Titul. de præscript. verb. in quibus datur tantum actio in factum.

SUMMARIUM.

- 1. Aequi, & boni nulla certitudo esse potest. Ex æquo, & bono oritur actio in factum in l. 14. de præsc. verb. Illius l. species proponitur, difficultas ponderatur, dissolvitur. Damnum mercium in mare jactarum ob levandam navim satis omnium contributione. Quilibet potest jactare merces vel suas vel alienas ob levandam navim. Explicatur l. 1. l. 2. in princ. & §. 2. ff. de l. Rhod. de jact. Obligaciones omnes nascuntur aut contractu, vel quasi contractu: aut delicto, vel quasi delicto. Qui merces in mare jactavit alienas, neque contraxit, neque quasi contraxit: neque deliquit, neque quasi deliquit. An qui merces alienas in mare jactat, teneatur actione leg. Aquiliæ? Nemo sine injuria incidit in legem Aquilianam l. 7. §. 4. de leg. Aquil.

Dicit

- dict. l. 14. §. 1. explicatur ex l. 7. §. 1. l. 25. §. 9. de leg. Aquil. §. 16. & §. 1. instit. cod. l. 7. §. 1. de injur.
- 2. Ad id genus de actionibus in factum referendus est, l. 14. §. 2. de præsc. verb. Quid inesse inter subreptam rem turri faciendi gratia, aut damni dandi causâ ostenditur. An sine animo lucrandi factum fieri possit? dict. §. 2. obstat actio l. penultim. Dig. l. 1. de cond. cau. dat. cau. non sequit. Eius difficultas proponitur, & unico syllogismo ponderatur.
- 3. Cujacii responsio ad dictam difficultatem referatur, & rejicitur. Explicatur contra Cujacium l. 24. §. ult. ff. de pignor. act. Pignus rei propria consistere non potest. Animo solo sine contrahitione non fieri furtum docetur.
- 4. Vera solutio ad prædictam difficultatem traditur? Commodatarius convertent rem in alium usum, furtum committit. Verba l. pen. de cond. cau. dat. cau. non sequit. neque movere, &c. ponderantur. Redditur ratio, l. 12. §. 2. l. 39. cum l. seq. de usufruct.
- 5. Refertur casus quibus furtum esse potest, in l. 14. §. 2. de præsc. verb. An damnum, quod datum fuit in d. §. pertineat ad legem Aquilianam? In d. §. quare revocandum sit ad actionem in factum ostenditur. Illam actionem cum doli mentione dandam esse docetur, & quare: l. 55. de acquir. rerum domin. Objectio, quæ ex l. 27. §. 2. ff. ad leg. Aquil. fit removetur. Cujacii observatio circa d. §. 2. 1. ut optima retinetur.
- 6. Ad idem genus referenda est species, d. l. 14. §. ult. de præsc. verb. Glandis nomine omnes fructus sylvestres intelliguntur. Explicatur l. unica de gland. legend. & l. 9. §. 1. ad exhibendum. An in d. §. ult. competere possit actio, l. 12. tab. de pastu pecorum. An damnum in dict. §. datum, pertineat, ad tit. si quadrup. paup. fec. dicat. An actio ad exhibendum detur in d. §. & quando ea competere possit?

Hoc lib. 3. c. 3. egimus fusè de actionibus in factum, quæ originem trahere etiam diximus ex æquo, & bono: cuius æqui, & boni in universum nulla certitudo esse potest: & idè de hac actione vide quæ ibi scriptimus: nunc verò species, quæ in hoc tit. de præscript. verbis, sunt referentur ad id genus actionum connumerabimus, simulque explicabimus, Et primò ad illud referri debet text. in l. qui servandarum 14. eodem tit. ubi proponitur, quod si unus de mercatoribus, qui in navi merces portabant, alienas in mare dejecerit, ut suas salvas haberet; quæ actione debere teneri cum, qui eas dejecerit; In hac quaestione notandum est laborantem navim propter tempestatem levandæ ejus gratia cuique licere merces projicere in mare, & hanc jacturam. Oroz. de Apicib. Iur. Civil.

cturam, ex l. Rhodia de jacta, satisfieri debere omnium contributione, quia illa jactura facta fuit pro omnibus, & communi omnium periculo vitando. l. 1. & l. 2. in princ. & §. c. in eadem 2. ff. de l. Rhod. de jacta. nihilque interest, an suas, an alienas merces dejecerit. Et ob eam causam ait Consulatus, nullâ actione teneri eum, qui servandarum suarum mercurum causâ alienas projecerit: circa quod intelligendum est Ulpianum loqui de directa actione: quasi denotet directas dici propriè actiones; & utiles, vel de dolo, de quibus conclusit propriè non esse actiones, ut abundè ostendimus supra dict. cap. 3. Neque cum obligationes omnes nascuntur aut ex contractu, vel quasi contractu; delicto, aut quasi delicto, l. 1. in princ. ff. de obligation. & action. inde provenit, quod cum iste, qui alienas dejecit, ut suas merces servaret, cum domino mercurum usque contraxerit, neque quasi contraxit; & neque deliquerit, neque quasi deliquit, cum justam causam haberet ita faciendi, ut non minus iuxta salutem, quam suis meribus prospiceret, nam omnes, ut Ant. Fab. ibi. in ration. ait, malunt bene sibi esse, quam alteri, nulla ex his generibus nasci potuit actio contra projicientem; neque legis Rhodiæ de jacta, quem potius prætextus ejusdem legis defendit, quominus alienas merces injuriâ dejecisse videatur; ac si suas dejecisset; cum lex in la jactum ab omnibus, & passim cuiusvis mercurum fieri permittat. Neque ille teneretur actione legis Aquiliæ, ut malè credidisse Accursium bene docet Anton. Fab. dict. loc. quia nemo in legem Aquilianam sine injuria incidit Cui simile est, si quis alienum servum per commissionem domini, vel filium colluctando occiderit, l. qua actione 7. §. si quis in colluctatione 4. ff. ad leg. Aquil. Si tamen adhuc æquitas suadeat, ut aliqua actio detur, veluti si inutiliter, & nullo periculo urgente jactum fuit; ad actionem in factum, omnium actionum postremam, & simplicissimam recurrendum esse docet Consulatus, hoc tantum circa illam actionem adhibito, ut si dolo merces jactæ sint, in ea actione in factum fiat mentio de dolo: nam actio de dolo in factum nomine tantum doli mali acti danda est, ut constat ex prætoris edicti verbis, in l. 15. §. 1. Digesti de dolo. Dict. leg. qui servandarum Paragrap. pho primo, facilis est, ibi enim non tenetur legis Aquiliæ directâ actione, sed utili ex l. qui actione 7. §. 1. Digesti de leg. Aquil. §. ceterum 16. institut. eodem tit. Tenetur etiam lege Cornelia de Sicar. in d. §. l. prætor 7. §. 1. ff. de injur. l. inde Neratius 23. §. si dolo 9. ff. ad leg. Aquil. §. liberum 11. institut. eodem tit.

Ad idem genus actionum in factum referendus est textus in dict. l. qui servandarum §. sed et si calicem 2. ff. de præscript. verb. ibi in ea specie, qua quis calicem alienum in profundum abjecerit, non lucri faciendi gratia, sed damni dandi causâ, queritur qua actione dominus calicis convenire possit eum, qui calicem dejecerat. Et primò furti actione eum convenire non posse asseverat Ulpianus in illis verbis: Damni dandi, non lucri faciendi causa, quia furtum non fit sine animo lucri faciendi, l. 1. §. 1. l. si quis furt. 22. l. verum est 39. l. qui injuria 53. Digesti de furt. l. si mulier 21. §. 1. ff. de action. rer. aut. ver. Sed graviter obstat text. in l. pen. ff. de cond. cau. dat. cau. non sequit. ubi Pomponius aperte docet, furtum committi, actionemque furti dari in eum, qui servum alienum quaestione de eo habendæ causâ acceptum ea lege ut si furtum in eo competum non esset, redderetur domino, qui eum tradidit ad illum tantum finem quaestione habendæ: & is, qui eum accepit

Nulla

nulla habita quaestione tanquam in furto deprehensum, vel convictam servum praefecto vigilum tradiderit, à quo, praefecto ille servus summo supplicio affectus fuit: sed is, qui servum tradidit, non videtur sui lucri faciendi causa, illum servum praefecto obtulisse, sed potius damni dandi tantum causa ergo etiam res amoveatur non lucri faciendi, sed animo tantum damni dandi, furtum committitur: ac per consequens actio furti contra eum, qui rem amovit voluntate damnandi, & non lucri faciendi danda erit: ergo non iuste furtum remouetur in dict. §. sed & si calicem ex eo solum, quod non abiecit calicem in profundum lucri faciendi causa, sed damni dandi gratia

3 Neque hanc difficultatem dissolvit, si quis cum Cujacio in notis ad dict. l. pen. dixerit, quod ille, qui accepit servum quaestione de eo habendae causa, dederit illum praefecto vigilum non ut alienum, sed ut suum: & ita habendum esse furtum pio jam commissum ab eo, qui antequam servum praefecto traderet puniendum, factum perpetravit ante servi traditionem, quasi dominorum tantum sit servus sic ut suos dare, l. eleganter 24. §. ultim. ff. de pignor. action. Cujus lib. 1. instit. tit. 5. §. in potestate 2. in fin. nam illi textus non probant interpretationem Cujacij: imò in dict. l. & eleganter §. ut. creditor pignoratitium, qui servum pignoratitium praefecturae dedit puniendum, recte eum tradidisse videtur: & id certum esse apparet ex eo, quod solà eadem traditione liberetur ab actione pignoratitia, qua non liberaretur, si domini soli, & non alij possent ob maleficia servos tradere puniendos: quis enim dicit creditorem pignoratitium rei pignoratitiam dominum esse, cum pignus rei suae consistere non possit, l. neque pignus 45. ff. de regul. jur. l. si rem alienam 29. ff. de pignor. action. l. ex sextante 30. §. Lutus Largus 1. ff. de except. rei judic. circa fin. Neque Caius, in dict. §. in potestate 2. ait praecise dominis tradendos esse servos, morte dignos; sed si simpliciter dicit tradendos esse, & non designat à quibus tradi debeant: verba Caij sunt haec: nam si servus dignum morte crimen admiserit; iis iudicibus, quibus publici officij potestas commissa est, tradendus est, ut pro suo crimine puniatur, in quibus verbis apertissima est sententia Caij imponentis necessitatem tradendi praecisam; non tamen his colligitur, neque docetur, ab aliis non posse tradi servos puniendi nisi à dominis. Ulterius qui docet, antequam servus traderetur, furtum commissum fuisse, se nimium praecipitat, cum furtum adeò festinat, ut ex sola cogitatione commissum fuisse inferat contra expressam furti definitionem, quae contractationem requirit, ut furtum committi possit, quia animo solo non committitur, l. 1. §. 1. l. vulgaris 21. §. qui furti 7. l. si quis uxori 52. §. neque verbo 19. l. inspicando 67. ff. de furt. l. fugitivas 225. ff. de verb. signif. l. possideri 3. §. si rem 18. ff. de acquir. possess. D. D. Melchior de Valentia lib. 1. illustr. tract. 2. cap. 2. numero 19. Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 11. num. 63. itaque cum voluntate domini tradentis servum accepisset, licet ea lege, ut de eo quaestio haberetur in dict. l. pen. parum qui interest, ut ille qui accepit eum servum pro suo haberet, dum non contraverit: ergo furtum illius servi nisi ipso traditionis actu, quo praefecto puniendum dedit, fieri non potuit: unde alia huiusmodi dissolvendi via excogitanda est.

4 Itaque dicendum est, eum, qui accepit servum quaestione de eo habendae causa in dict. l. pen. com-

parandum esse debere commodatario, qui in alium usum, quam in quem acceperat, rem commodatam transfert: qui etsi ex alio usu lucrum non fecerit, tamen absque dubio furtum facit, veluti si equum gestandi causa commodatum, vel ad villam duccendum ad bellum duxit, vel ad alium locum, & ministerium, ubi perierit, vel creptus fuit, l. qui vas 48. §. si ego 4. l. si pignore 56. in princ. & §. 1. l. qui iumenta 40. l. qui re 76. ff. de furt. §. furtum autem 6. & §. 9. instit. de obligat. quae ex delict. nasc. Gellius lib. 7. cap. 15. quod aperit tradit Pomponius in dict. l. pen. in his verbis: quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti, aut dominum, si sciret prohibitarum esse. Ulterius, qui servum alienum praefecto tradit, is non minus videtur eum convertere in tuum lucrum, quam commodatarius, qui id quod utendum accipit, alij commodat dict. l. si pignore §. 1. neque movere quem debet, ait ibi Caius quasi is nihil sui lucri gratia fecerit: species enim lucri est ex alieno largiri, & beneficij debitorem sibi acquirere. Et non alia ratione videtur uti frui etiam is, qui usumfructum precario concessit, vel donavit; sicut ille, qui illum vendidit, aut locavit, l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. non videtur 35. cum l. seq. ff. de usufruct. Donell. lib. 10. comment. jur. civil. cap. 8. Anton. Gomez lib. 2. variar. resolut. c. 15. n. 17. Osuvald. ad dict. loc. Donel. idem Donel. dict. lib. cap. 17. & alij plurimi, quos refert Osuvald. dict. loc. Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 3. num. 14. Denique qui aliquo modo servum alienum contractando alienavit, furtum commisit, l. alienum 6. C. de furt. & serv. corrupt. In eo, qui accepit rem utendam ad certum, & determinatum usum, ultra eum usum nulla superesse potest quaestio de sui lucri faciendi causa, quia ea causa, qua specialiter accepit, sive illa utilis accipienti sit, sive inutilis; ceteras causas omnino excludit, sive in eis lucrum faciat, sive non faciat: Ideoque quicumque aliter usus fuerit, si putaverit se invito domino uti, abutitur, & illo abusu furtum fecit, sive lucrum reportaverit, sive non. Itaque cum in dict. leg. penultim. de cond. cau. dat. cau. non sequit. servus datus fuerit ea sola causa specialiter destinata, & inter dantem, & accipientem expresse praescripta nempè ut de eo quaestio haberetur, & ultra eam accipiens rupta conventionis fide praefecto vigilum tradidisset eum puniendum; merito furti actionem competere adversus illum, qui sic tradidit servum, Pomponius docuit. In dicta verò l. qui servandarum 14. §. sed & si calicem 2. ff. de praescript. verb. ipse, qui in profundum calicem abiecit, per se eum sumpsit absque ulla domini datione, qui neque eum commodavit, neque ob aliquam aliam causam abijcienti dederat: & ideo cum non utatur calice illo ad alium usum, ut in commodatario diximus, ideo ut furtum committat, absque illum necesse est lucri faciendi causa intervenisse: & ea ratione, ut excluderet furtum, recte addidit Ulpianus illa verba, non lucri faciendi causa.

Ceterum potuit sui lucri faciendi causa calicem argenteum in profundum abijcere; puta si urinator erar, & ejecit sciens se posse illum extrahere. Potuit etiam lucri alterius, veluti si abiecit eo animo, ut alius calicem extraheret, argum. l. navis 4. §. 1. ff. de leg. Rhod. de jact. §. interdum 11. instit. de obligat. quae ex delict. nasc. l. in furtis 50. §. ult. dict. l. si pignore 54. §. qui ferramenta 4. l. si quis uxori 52. ff. de furt. his casibus diceretur furtum fecisse, seu per se, seu ope, aut consilio, l. si servus 27. §. si quis de manu 21. ff. ad leg. Aquil. Neque damnum, quod in specie d. §.

d. §. sed si calicem, datum est ad legem Aquiliam proprie pertinere potest; non ad pignorum caput, quia nullus occisus est; quod praecise reperitur, ut actio legis Aquiliae ex primo ejus capite detur, l. ego 2. ff. ad leg. Aquil. non aliter caput, quia nihil justum, factum aut nuptum est: quorum alterum intervenire necesse est, ut ad illud caput pertineat damnum, l. si servus 27. §. tertio autem §. ff. ad leg. Aquil. sed caix in profundum dejectus est, quo jactu non corruptus, aut deterior factus fuit, etiam si damnum domino calicis inflatum sit: ergo recurrentum est ad actionem in factum, quae omnium actionum, (ut dixi) postrema est: illa tamen dicitur cum doli mentione, quia dicitur dandi causa abiecit, id est sciens ut damnum daret, sicut in princ. l. dixerat Ulpianus, & etiam in l. solet 15. in fin. & in l. seq. in fin. ff. de praescript. verb. Ratio est, quia etsi nihil corruptum, tamen dolo damnum dedit; & efficit, ut quod alienum erat, nullius fieret, l. laqueum 55. in fin. ff. de acquir. rerum domin. De cujus explicatione copiose agit Guillelm. Mahus singular. opin. lib. 6. cap. 2. Neque obstat dict. l. si servus 27. d. §. si quis de manu 21. ff. ad leg. Aquil. ubi in simili specie ait Ulpianus, Sabino visum fuisse damni injuriam esse actionem; & eam directam esse docet Anton. Fab. in ration. ad d. §. sed & si calicem, longèque aliam speciem esse eam quae continetur in d. §. si quis de manu: nam cum de manu mea nummos mihi excutis, qui in flumen, vel in mare ceciderunt, atque ita perierunt, ut ad alium nullum pervenirent, das mihi damnum injuriam, & quidem tuo corpori meo corpore; ut proinde negari non possit actionem directam legis Aquiliae locum ibi habere, cum ex verbis ejusdem legis competat, non etiam cum quis è navi poculum ejecit, ut in dict. l. laqueum in fin. haec Anton us Faber, cujus sentiam defendi posse dubium non est. Eodem etiam modo superiorem difficultatem composuit. Cujac. lib. 12. quest. Papin. in l. si vendidero 70. §. cum rapitor 3. ff. de furt. ubi docet (quod etiam notat dignum est) eum, cuius ope, consilio, aut dolo furtum fecit alter, non teneri actione furti, vel manifesti, vel non manifesti, sed propria actione ex 12. tab. hac actione ope, consilio tuo furtum factum esse aio, quae forma est (ait Cujacius) in l. si servus §. si quis ff. ad leg. Aquil. & illa actio est in duplum, l. ultim. C. de noxal. action. Aliter Donellus, & Osuvaldus lib. 15. comment. jur. civil. cap. 27. liter. A. in dict. §. si quis de manu, illam actionem utilem esse docent: rectius tamen supradicti Authores. Vel si mavis, dicere poteris in d. §. si quis de manu. referri tantum ab Ulpiano Sabino sententiam, & in dict. §. sed & si calicem suam propriam proferre, & diximus supra hoc lib. c. 9. num. 20. His quae in hoc cap. diximus ad explicationem l. pen. de cond. cau. dat. cau. non sequit. conjungenda sunt quae ad ejus interpretationem diximus supra lib. 2. cap. 8.

6 Eandem actionem in factum dandam esse docet idem Ulpianus in specie, l. qui servandarum 14. §. si

glans ultim. ff. hoc tit. de praescript. verb. ubi proponitur, quod a bor tua propè fundum meum si a sit, & ex ea glans ceciderit in meum fundum (glans nomine intelliguntur omnes fructus sylvestres, quasi omnis arbor sylvestris sit quercus l. unic. ff. de gland. legend. l. qui venenum 26. §. 1. ff. de verb. signif. Anton. Fab. in rational. ad l. J. l. a. n. 9. §. 1. ff. ad exhibendum Donel. l. b. 15. comm. jur. civil. cap. 16. & ideo ita appellatur, quia ante repertas fruges glandibus vescuntur homines; Plin. lib. 16. cap. 3. Gælius ad d. l. qui venenum §. 1. Osuvaldus in dict. loc. Donel. liter. E. ego immittens pecus meam, illam glandem de pascuo, neque expecto, ut tu legas, auferas qualiter tibi tertia quoque die licet, secundum id quod scriptum est, in dict. l. qui a de gland. legend. & dict. l. Julianus 9. §. 1. ff. ad exhibendum. Notari obiter debet, quando Consultus in referenda specie hujus, in meum fundum glandem cecidisse dicit, ostendere voluit non posse competere actionem l. 12. tab. quae competit nonaliter depascu pecoris, quando depascitur in fundo alieno, sicut denotant verba illa, Quia in tuo pascitur; quod etiam scriptum reperitur apud Gothofredum in f. agm. l. 12. tab. tit. 24. §. 10. de pascu pecoris. Cujac. lib. 1. sent. Paul. tit. 15. sent. 1. Ceterum damnum quidem est, quod glandem meam, quae in fundum tuum cecidit, depascas: illud tamen damnum non est injuria datum, l. qui occidit 30. §. si quis 2. ff. ad l. Aquil. quia pecus pascendi causa potius immittitur est, ut diximus in princ. hujus l. servandarum suam meam causa, potius quam alienarum perdendarum: & in superiori, §. non lucri faciendi, sed damni dandi: Et ideo notari debet in hoc §. si glans, neque culpam meam ullam esse, quasi fructus nascantur, & aburantur, & consumantur: itaque actio legis Aquiliae esse, non potest, quia illa non datur, ubi nulla culpa est, l. lege Aquilia 44. ff. ad leg. Aquil. Deinde damnum hoc non pertinet ad sit. si quadrup. paup. fecit. dicat. aut ad actionem illam, quae ex l. 12. tabul. datur, uti refertur in l. 1. d. tit. quia illa tantum datur ex eo solo damno, quod fecerit quadrupes commota feritate, aut contra naturam, l. 1. §. itaque 4. & §. generaliter 7. ff. si quadrup. paup. fecit. dicat nam in d. §. si glans, potius ex ingenio, seu instinctu naturae dicitur esse pecus ad velendam glandem. Tamen postquam omnes ex omni jure actiones deficiunt, nihil omnino demonstrat Ulpianus causam dandae actionis, cum ait, immisso pecore, & ideo in factum subsidiariam actionem dat. Ipse etiam actionem ad exhibendum concedendam esse tradit, in dict. leg. Julianus 9. §. 1. ff. ad exhibendum, sed ea tunc demum datur, si dolo immisum sit pecus, ut glandem pascat, sicut denotat ibi his verbis: Competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisit. Quae exceptio etiam adhibenda est in dict. §. si glans, ut recta sit ejus decio. Et his jam absolutus manet commentarius ad titul. de Praescript. verb. qui totum hunc lib. 3. occupat.



DE APICIBUS JURIS CIVILIS Liber Quartus.

IN QUO TITUL. DE ACQUIREND. POSSESSION. perspicuis subtilitatibus, quas apud Interpretes diversos toto tempore studiorum meorum vigilanter observavi; necnon & meis, forsàn in gratiam eruditorum explicatur.

CAPUT PRIMUM.

De Possessionis ethymologiâ, & notationibus.

SUMMARIUM.

- 1. Possessio à sedibus appellata ostenditur ex l. 1. de acquir. possess. Plurimi Authores, qui affirmant à pedibus nuncupatam fuisse referuntur. Circa superiora an Florentina lectio, an vulgata sustinenda sit? 2. Vulgatam lectionem defendi posse contra Gothofredum ostenditur. Verbum posito an nominis ethymologiam, an rei substantiam declares? Utrumque tam à pedibus, quam à sedibus dici posse ostenditur, & num seq. Quid utraque loquutione Consulti, significare intendant, ostenditur. Pedem ponere pro possessione sumi ex Cicerone & aliis probatur. Idem significare, in l. 18. §. 2. & l. 3. §. 1. de acquir. possess. ostenditur. Unde derivetur possessionis nomen aperitur. 3. A sedibus possessionem dici posse ex Virgilio, Ovidio, & aliis docetur. An apud Consultos navum sit pluribus allusionibus rem significari?

- Quare in l. 28. §. ultim. de fideicom. libertat. l. 1. de Decurion. l. 203. de verborum significat. l. 1. C. de jur. deliber. sedes pro domicilio sumatur? Pluribus allusionibus rem significari probat, l. 3. §. 5. de acquir. possess. Ad rectam possessionem nihil interest, quae corporis parte res tangatur ex l. 1. §. 3. cod. tit. probatur. 4. Inspecto possessionis origine an illa descendat à verbo sedeo? Quare in l. 38. §. 9. de verbor. obligat. l. 49. §. 1. de acquir. possess. qui possidet, habere dicitur? Tanguntur l. 6. §. 1. & l. sequent. l. 2. §. ultim. l. 4. §. 1. l. 47. l. 52. §. 2. de acquir. possess. Quare apud latinitatis Authores possessio plerumque sumatur pro ipsis rebus? Divi Ambrosii, & Ciceronis loca ad id propositum traduntur. Plurimae leges idem statuentes referuntur. Quare in l. 1. & tot. tit. inst. r. & ff. de bon. possess. l. 24. l. 49. de verborum signif. possessio bonorum pro bonorum universitate hereditaria sumatur? 5. An ejus, cujus proprietates nostra esse non possunt, possessio possit esse nostra? Circa dictam quaestionem varia ex diversis legibus adducuntur exempla. Supradictae notationes an rectè significant substantivam possessionem? Accurcius docet res mobiles possideri non posse. Illa sententia plurimis legibus refutatur. Posses-

Possessionem à sedibus appellatam esse, quia naturaliter tenetur ab eo, qui rei insistit ex Laboeone refert Iulius in l. 1. ff. de acquir. possess. & quamvis Accurcius Bartolus ibi Bolognet. num. 19. Conan. lib. 3. comm. cap. 8. num. 5. Donel. lib. 5. comm. jur. civil. cap. 6. Forcaul. dial. 73 num. 2. Petrus Gregor. lib. 1. synagm. cap. 13. Giphani, in lectura Altophina ad tit. de acquir. possess. Cujac. lib. 54 Paul. ad edit. in auct. l. 1. Didac. à Coarruv. in rubric. de testam. 1. p. 1. num. 3. Anton. Gomez ad l. 54. Tami num. 18. quos refert eximius Doctor, & perspicacissimus juris præceptor D. D. Melchior de Valentia lib. 1. illustr. tract. 2. cap. 1. num. 2. à sedibus dictam fuisse possessionem secundum vulgarem lectionem doceant: tamen probabilior, & melior lectio esse videtur Pandectarum Florentinarum à sedibus quasi sedum posito, ut placuit Alciato lib. 1. disp. cap. 10. Concio lib. 1. disp. cap. 9. Bellono lib. 4. supputat. cap. 15. Viglio Zuichem. in §. 1. instit. de testam. num. 10. Vaconio in 2. declaration. cap. 32. Donello dict. lib. 5. c. p. 6. V. Vesembach. in rubric. de acquir. possess. & Petro Friderico Mindano dict. tit. cap. 1. num. 4. qui addit alios Authores dicere tam hanc, quam vulgarem lectionem defendi posse, inter quos enumerat Z. lium in d. l. 1. Petrum Gregor. dict. lib. 1. synagm. cap. 13. num. 4. Bernardin. V. Valher. lib. 2. miscellan. cap. 19.

Et licet Gothofredus in d. l. 1. de acquir. possess. affirmet vix posse vulgarem lectionem defendi, quia non videtur quisquam pedibus sedere posse; tamen dicendum est cum Duareno in auct. l. 1. & Donello in supradict. loc. ex mente prudentum, qui non tam origines, quam significationes vocabulorum attendere consueverunt, voculam posito non tam ethymologicæ, quam rei significandæ gratiæ illic appositam esse. Itaque utrumque tam à pedibus, quam à sedibus dictum fuisse apud juris veteris Authores certum est, cum tam una, quam altera allusionis denotet possessionem corporali facto sessionis, incubationis, aut insistentiæ constare. Unde pedem ponere pro Possidere scribit Cicero Philippic. 3. ibi: Hodierno die Patres conscripti longo intervallo in possessionem libertatis pedem ponimus, & Pindarus in Phœnis. Oda 4. aiunt autem, hoc esse molestissimum, inquit, Præclara scientem cogi necessitate extrahi habere pedem, & Jurisconsultus Celsus in l. quod vero 18. §. si venditor em 2 ff. hoc tit. ibi: Non minus possidere cœpit, quam si pedem sinibus intulisset, l. possideri 3. §. 1. ff. eodem non utique ita accipiendum est, inquit, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circum ambulet, sed sufficit quamlibet partem ejus fundi intruire. Et hanc à pedibus denominacionem ab impugnatione Laurentiæ Vallæ defendit Petrus Gregorius dict. libro synagm. capite 13. ita ut à dativo græco Possi, id est pedibus, & itione latino verbo compositam existimat possessionem, quasi positionem. Et hæc de vulgari lectione tradit D. D. Melchior de Valentia dict. loc. num. 3 & 4 suscepta ab Osvaldo dict. lib. 5. comment. Donell. capite 6. litter. A.

Etiam à sedibus possessionem dici posse, & per sedium possessionem loci occupationem & possessionem significari constat ex illo Virgilij loco libro 1. Æneid. Hic tamen ille urbem Patavi, sedesque locavit. Theucorum. Et Ovid. lib. 4. trist. eleg. 1. Hic ego sollicitè jaceo novus incolæ sedis. Et Sueron. in August. cap. 28. in sua sede rempublicam sistere. Et ideò apud Jurisconsultos sedes pro domicilio. Hieron. de Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

cilio, & possessionibus accipitur, l. si cum servum 28. §. ult. ff. de fideicom. libertat. l. 1. ff. de decurion. l. in lege 203. ff. de verborum significat. l. 1. C. de jur. deliber. Ex quibus manifestè apparet, & à pedibus, & à sedibus possessionem dici potuisse: & utramque notationem à prudentibus traditam fuisse duabus his considerationibus probat D. D. Melchior de Valentia dict. loc. numero 6. & 7. Prima, quia quamvis unica notatione prudentes uti soleant, ut in l. 1. ff. de just. & jur. l. 1. §. 1. ff. de pact. l. mutuum 2. §. appellata 3. ff. de reb. credit. l. senatus 35. §. 1. ff. de donat. cau. mort. l. 1. ff. de novation. princip. institut. de testament. Paragrapho primo institut. de interditi. non est tamen novum Jurisconsultis naturam rei significare pluribus allusionibus, seu notationibus, ut constat ex l. 1. ff. de testam. milit. l. 1. de furt. l. damnum 3. ff. de damn. infect. l. cui præcipua 57. ff. de verb. significat. more stoicorum, ut refert Turnebius ad Varro. nem utul. 5. de l.ug. l. tin. & observat Cujac. libro 11. observat. cap. 37. Hortolph. Phoma. in specul. jur. Justin. disput. 14. ibi. 2. Secunda, quia idem probatur ex Jurisconsulto Paulo in l. possideri 3. §. ex contrario 5. ff. de acquir. possess. ubi argumentum facit ab utraque possessionis notatione, & pedum, & sedum; vel sessionis, & insistentiæ, sum. tum ex Laboeone, qui docet duo insolidum possidere non posse (an hoc probet Labeo, infra docebimus) & ejus rationem reddit his verbis: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris: denotat igitur, ait Valentia, duabus his notationibus prudentes solitos fuisse possessionem significare: alioquin enim unicâ tantum nominis allusione Consultus usus fuisset. Et ita utramque lectionem tam vulgarem, quam Florentinam retinendam esse ipse Author docet: quæ consideratio est Petri Friderici Mindani dict. loc. num. 5. qui etiam notat in dict. l. 1. de acquir. possess. Jurisconsultum docere naturaliter teneri possessionem ab eo, qui ei insistit: itaque quia insistere dicitur, non modò qui pedibus, sed etiam qui sedibus, imo qui corpore, vel animo rei incumbit dict. l. possideri 3. §. sed & si 7. ff. de acquir. possess. idè utramque lectionem rationè significatus rectè defendi monet. Denique sufficere corpore contingere rem, nihil interest hac, vel illa parte corporis, dum possidendi animus non deficiat, dict. l. 1. §. furiosus 3. ibi: Quia affectionem tenendi non habet, licet maxime corpore suo rem contingat.

Cæterum si inspicatur origo possessionis, ferè omnes intelligunt illam à verbo sedeo, & sedendo derivari, juncta dictiuncula pos, potis, pote: unde adhuc frequens est compos, impos: & possum, quasi pos, vel potis sum: Possideo, quasi potens, vel potis sedeo qui enim possidet; habere dicitur, in l. stipulatio 38. §. hæredes 9. ff. de verborum obligation. l. possessio 49. ff. de acquir. possess. & qui possidet furidium, vel agros; is ingredi, di cedere, & redire; rem sedere, ambulare, & tenere potest: & ea ipsa derivatio non videtur Consultis ignota, & improbata, dum dixerint possessionem tandiù nos retinere, quandiu facultatem, vel potestatem redeundi, insistenti, & insedendi habemus, l. etiam 6. §. 1. & l. sequent. l. si id quod 25. §. ultim. l. si de eo 4. §. 1. l. si rem 47. l. permisceri 5. §. species 2. ff. de acquir. possess. Et respectum hujus originis possessio apud Latinos multoties usurpatur pro ipsis rebus possessis; quas in nostra potestate habemus. Sic Cicero in par. ad

esse usus rei, cui daretur usus, non poterat possessio negari. Alias etiam plures rationes ad impugnan-

2 Alij alias definitiones possessionis attulerunt: tres diversas introduxit gloss. in dict. l. 1. ff. de acquir. poss. Prima est Joannis antiqui glossatoris: Possessio est jus quoddam rem detinenti sibi. Secunda, & tertia sunt Azonis. nempe: Possessio est jus quoddam, quo rem corporalem quis vere, vel interpretative sibi habet. Altera sic se habet: Possessio est corporalis rei detentio corporis, & animi, juris administratio concurrente. Et has omnes definitiones reprehendens Bartolus in d. l. 1. n. 6. ipse hanc possessionis definitionem tradit: Possessio est jus insistendi rei non prohibita possideri, quam ferè omnes antiqui paucis mutatis verbis comprobant, quorum aliquos refert Valentia dict. loc. Recentiores vero interpretes diversas hac de reprotulerunt sententias, ut apparet ex definitionibus traditis à Duareno in dict. l. 1. & lib. 1. disputat. cap. 18. Turamin. de substant. possession. cap. 5. Conan lib. 3. comment. cap. 8. Petrus Gregor. lib. 1. synagm. jur. cap. 13. Horoman lib. 9. observat. cap. 1. Cojac. lib. 4. Paul. ad. edit. in d. l. & alijs, quos enumerant Valentia d. cap. 2. n. 7. & Oluvald. dict. lib. 3. comm. Donel. cap. 6. liter. E.

3 Altera definitio possessionis receptior, est illa, quam Donellus tradit dict. loc. quæ talis est: Possessio est detentio rei corporalis, quæ in commercio sit alijs possessoribus vacua, cum affectu domini, vel dominantis connecta, quam definitionem tradiderunt etiam, & admiserunt Cont. lib. 1. disput. cap. 9 ipse Donellus ad l. certi. 9. §. final. ff. de reb. credit. Horoman. in l. neque 8. C. de usufr. Treutler. volum. 2. disput. 24. Thef. 1. quam sumunt ex ratione leg. servus 12. §. 1. ff. de noxal. action. l. pen. C. de furt. & serv. corrupt. & Theophil. instit. per quas person. cuiq. acquirat. & tit. quib. mod. tollit obligat. Hæc definitio licet communiter recepta sit, amplecti tamen eam juris rationes non patiuntur. Primò enim abundant verba hæc, quæ in commercio sit cum id præsupponi debeat, quasi indubitatum: & idè illa verba in nulla definitione tradita per Juris consultos inveniuntur scripta, ut videre est in definitione legati in §. legatum 2. instit. de legat. l. legatum. 116. ff. de legat. 1. l. lega um 36. ff. de legat. 2. donationis l. senatus 35. §. 1. & 2. ff. de mort. cau. donation. usufructu l. usufructu 3. ff. de usufructu. &c. Uterius non est absolutè verum non posse possideri rem, quæ in commercio non est, cum liber homo, qui non est in commercio, l. inter stipulantem 83. §. facram 5. l. liber homo 103. ff. de verb. obligation. possideatur ab eo, qui ejus statum ignorat l. 1. §. sed & per eum 6. ff. de acquir. possess. l. si servus 34. ff. de stipul. et. ser. ut disertè tradit Valentia dict. loc. num. 10. Illa alia verba definitionis relatæ, nempe alijs possessoribus vacua, non solum abundant, ut vult Valentia motus ea ratione, quòd illud natura ipsa præferat, cum duo insolidum eandem rem possidere non possint, quia in loco ubi ego sto, vel sedeo; alijs stare, vel sedere non potest, l. possideri 3. §. ex contrario 2. ff. de acquir. possess. sed omninò falsa sunt, sicut est ratio Valentia, cum ad possessionis naturam nihil intersit, an alijs possessoribus sit vacua, vel oc-

cupata; cum possint duo, vel plures eandem rem, uno, eodemquè tempore insolidum possidere, ut fusè docebimus infra hoc lib. cap. 10 Denique illud etiam in definitione Donelli aff. cui dom. ni. seu dominantis fallum est omnino, quoniam illud teneat Ant. Fab. in jurisprad. Papin. lit. 5. princ. 7. & in ratio. ad l. si servus 22. §. 1. ff. de noxal. action. quia creditor pignoratitius verè possidet pignus, l. pignoris, 6. cum l. seq. ff. de acquir. poss. l. si pignus 35. §. 1. ff. de pignor. action. l. servi 16. ff. de usufructu. & tamen creditor pignoratitius affectum domini, seu dominantis non habet, l. quæcumque 13. §. 1. ff. de public. in rem action. dict. l. si servus 22. §. 1. ff. de noxal. action. l. pignori 13. ff. de usufructu. Idem de eo, qui precario rogavit, dicendum esse tradit in dict. l. quæcumque §. 1. dict. l. si servus §. 1. & in p. 13. §. si is qui 7. ff. de acquir. poss. l. & ubi t. §. 5. & cum qui 4. l. ultim. in fin. princ. ff. de precar. Ergo omni ex parte fallum est dicere ad veram possessionis naturam requiri affectum domini, seu dominantis. Et idèd hæc definitio Donelli, quia dict. etò opponi ut naturæ possessionis, non est admittenda.

Omissa igitur illà definitione optinè possessionis naturam declarari credimus per aliam definitionem, quam tradit D. D. Melchior de Valentia si in ea mutantur aliqua, & definiatur possessio his verbis: Possessio est detentio rei corporalis cum animo possidendi, vel habendi conjuncta. Cui definitioni convenit illa, quam tradit Marc. Lyclama l. b. 7. c. 25. Et antequàm ejus verba explicemus examinabimus aliam Petri Friderici Mindani definitionem, quam brevissimis verbis tradidit dicit capite primo numero 10. nempe est rei detentio: in qua nihil vitij invenio, nisi illud quod Oluvaldus notat supra e. loc. liter. E, in fin. nempe quod genus omne ex Logicorum traditis latius specie pateat, & in hac definitione nihil exprimatur, quod locum differentia obtimeat: quam ait idem Fridericus Mindanus subintellegi vi ipsa vocis detentionis, seu detentationis, quia sua rigorosa significatione detentio, seu detentatio his tantum comperit, qui affectum tenendi habent l. ab hostibus 15. §. sed quod 3. ff. ex quibus cau. major. ibi: Si inchoata, sit, bona fidei possessoris detentatio l. quod dicitur 5. ff. de impens. in reb. dotal. fact. ibi: manebit igitur maritus in rerum detentationem: & quod ex sua natura intelligitur, adjici non debet, neque necesse est text. in l. quæstum 6. §. 1. ff. de distract. pign. Unde provenit, quod curiosus, & pupillus si intellectu careant, sine tutoris autoritate non possunt incipere possidere, quia affectionem illam tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant: veluti si quis dormienti aliquid in manu ponat, ita ut hic contingere quidem dicatur, non verò detinere, l. 1. §. furiosus 3. ff. de acquir. possess. Nequè contra hæc quæ tradit Mindanus quidquam faciunt textus adducti ab Oluvaldo, nempe l. officium 9 in fin. ff. de rei vindicat. l. possessio 49. §. 1. ff. de acquir. possess. l. stipulatio 38. §. plane 8 ff. de verb. obligatio. quia responderetur verbum tenere sua præcisa, & rigorosa significatione propriè continere affectionem tenendi, & absque illa nemo rem tenere possit, sed tantum contingere: uso tamen loquendi extendi aliquando ad eos, qui affectionem hanc non habent, ut de verbo habere dicitur in §. 9. dict. l. stipulatio, ubi ad hoc notari debet verbum solemus, de quo dixi aliqua supra lib. 2. cap. 6. num. 2. & seqq. ad explicationem l. solet 1. §. ff. de præsc. verb. Eam tamen definitionem non admittimus propriè illum solum defectum, quòd non denotet expressè differentiam, quæ exprimi debet in unaquaque rectè, & perfectè

perfectè definitione. imò ejus exprimentæ necessitatem agnoscit ipse Fridericus Mindanus, & ita illam subintelligi docet: non tamen sufficit subintelligi, sed necessariò exprimi debet. Et quia in definitione supra à nobis tradita verba illa cum animo possidendi vel habendi conjuncta, differentiam expriment, illam definitionem solum inter alias alioquin rectè summam esse judicamus. Igitur requiritur in persona possidentis primò, ut rem teneat: quo satis facimus generi: ulterius ut vel alij, vel sibi possideat: quo differentia damus necessaria: in re autem possessa requiritur, ut corporalis sit, & tangi, teneque possit: de quibus singulis videndum est. Itaque hæc definitio omnibus comperit, quæcumque ratione rem possideant, vel sibi, vel alteri; & ratiò civilem, quam naturalem possessionem: de quibus dicemus infra hoc cap. num. 8 & seq. comprehendit: quòd definitio Valentia ejus verbis tradita non definit, nisi solum possessionem civilem: ejus definitio talis est; Est actentio rei corporalis cum animo sibi possidendi conjuncta, ubi verba illa animo sibi possidendi ad solum civilem possessionem pertinent, ut ex dicendis infra num. 9. apparet: itaque illam licet traditam à tam doctissimo viro non amplectimur, quia non definit absolute possessionem, sed unam tantum speciem possessionis.

Itaque ut omnes partes definitionis nostræ explicemus, hæc sequentia adhibemus. Primò possessio dicitur detentio, vel detentatio: sic enim Jurisconsulti eam appellant in dict. l. ab hostibus 15. §. sed quod simpliciter 3. ff. ex quib. cau. major. dict. l. quod dicitur 5. ff. de impens. in reb. dotal. fact. l. unica C. de usufructu. transform. ibi: Bona fide per continuum triennium tenuerit, & paulò inferius: antecessoris iusta detentio l. super 1. C. de præsc. long. ten. por. ibi: Ut si ve ex donatione, si ve ex alia lucrativa causa bona fide possit per decem, vel viginti annos rem detinuisse probetur, l. bene à Zenone 3. C. de quadrienn. præsc. ibi: Et per alios titulos alienationis quocumque detinens, l. pen. §. 1. C. de præsc. trig. vel quadrag. annor. ibi: signidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, & paulò inferius: ab injusto detentatore, l. pen. C. de furt. & serv. corrupt. quia ut Paulus in dict. l. 1. ff. de acquir. possess. scribit: naturaliter tenetur ab eo, qui ei insitit: ex eo illos, qui possident, detinere dicitur in l. venditor 21. in fin. ff. de hered. vel action. vend. & possessores nuncupantur detentores, seu detentatores in l. cum vestissimi 7. in princ. & dict. l. pen. §. 1. C. de præsc. trig. vel quadrag. annor. l. non ab re est 10. C. unde vi tenere enim merum factum significat; & idè illos omnes, qui verè non possident, sed tantum rei incumbunt, tenere scribunt Jurisconsulti, l. officium 9. in fin. ff. de rei vind. l. quod servus 24. l. possessio 49. §. 1. ff. de acquir. possess. l. sequitur 4. §. item si eam rem 9. ff. de usufructu. l. de posui 38. in princ. ff. de pecul. l. & uno 18. §. 1. ff. de acceptilat. l. stipulatio 38. §. plane 8. ff. verb. obligat. Unde possessionem incubationem appellant Imperatores in l. ult. C. ne rei domini. vel templor. &c. ergo hæc vox detentio, seu detentatio, generis loco rectè ponitur in definitione, ut vult Oluvald. dict. loc. & Valentia etiam supra citat. loc. num. 15. & 16. Secundum quod in definitione tradita requiritur, est ut illa detentio, seu detentatio sit animo sibi possidendi, vel habendi conjuncta, ut docet Consultus in dict. l. 1. §. 1. & l. possideri 3. §. 1. & §. Neratius 3. §. in amittenda 6. l. quemadmodum 8. l. qui jure 41. ff. de acquir. possess. unde illæ personæ, quæ animum sibi possidendi non habent, possidere non possunt, ut dixi num. præced. neque sufficit ad

veram possessionem qualicumque animus, nisi ille sit sibi ipsi possidendi, non alijs, ut dicemus infra cap. seq. Uterius in rebus ipsi possessis definitio exigat, ut corporales sint: ratio est, quia cum possessio detentio sit, in qua corporale factum continetur: & incorporeales res neque tangi possunt, neque apprehendi princ. instit. de reb. coporal. & incorporealis. consequens est, ut in illis propriè possessio locum non habeat. l. possideri 3. ff. de acquir. possess. l. si ades. 32. ff. de servit. verban. prædior. in in num. seqq. docebimus, Valentia dict. cap. 2. num. 45.

Possessio est duplex, propria vel impropria; vel (quod idem est) possessio, vel quasi possessio: propria possessio est, rei corporalis detentio, Theophil. princ. instit. de inveni. sic fundos, domos, mancipia, pecuniaque possidemus: propriè enim possidentur tantum ea, quæ corporalia sunt dict. l. possidere 3. in princ. sive illa mobilia sint, sive immobilia & hoc edò verum est, ut & rationes in charta aliqua scriptæ à nobis possideantur, l. hæc 3. §. interdum 14. ff. ad exhibendum ibi: Servus inquit uxoris meæ rationes meas conscripsit: herationes à se possidentur, desidero eas exhibeas, & Tertullianus de præsc. ad hæred. despici, inquit, debet cui competat possessio scripturarum, ne is admittatur, cui nullo modo comperit, impropria, vel quasi possessio est rerum incorporalium detentio. Theophil. dict. tit. i. ff. de interd. l. quod est 3. §. qui usufructus pen. ff. de vi, & vi armata ibi: qui usufructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, l. quod si in aiem 16. §. Julianus ff. de petit. hered. ibi: Julianus scribit, si is, qui pro hæred. possidebat, vi fuerit dejectus, peti ab eo hæreditatem posse, quasi à juris possessore l. item 18. §. 1. cod. tit. ibi, neque rei, neque juris veluti possessore erat: propriè enim incorporalia non possidentur, l. sequitur 4. §. serviam 27. ff. de usufructu. ibi: Si viam habeam per tuum fundum, & tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia neque possideri intelligitur jus incorporale: ratio est; quia rerum incorporalium nulla potest esse vacua traditio, cum solum earum usus pro traditione sit, l. si ff. de servit. l. servus 34. §. 1. ff. de acquir. rer. domini Petrus Frideric. Mindan. de acquir. posse. cap. 1. numer. 12. & 13. D. D. Melchior de Valentia dict. tract. 2. cap. 2. numero 45. Oluvald. cum alijs lib. 11. comment. Donel. cap. 10. liter. G. Gi chen. de præscrip. part. 2. memb. 3. c. 12.

Tamen plurima jura obflare videntur his, quæ diximus, cum simpliciter dicant res incorporales possideri l. regulariter 9 ff. de petit. hered. ibi: qui jus pro hæred. vel rei hæreditaria l. ut. in fin. ff. si pars hæred. petat. ibi: ostes faciens controversiam hereditatis ut juris possessor convenitur l. de aqua 2. ff. comm. prædior. ibi: hæredem esse eum, qui hoc jus aqua per rotam tollenda possidet l. fin. in fin. ff. de itin. actinque priu. ibi: Ut hoc interdictum comperat, jus fundi possidisse oportet, l. si duo 2. §. Labeo 6. ff. uti possidetis, ibi: Possessionem projectionis, & l. fin. eodem titul. ibi: Si usufructus quis sibi defendat possessionem, l. ait prætor 2. §. fin. ff. de precar. ibi: Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est ex hac solummodo causa: quod præces adhibuit, & impetravit, ut sibi possidere, aut nunc liceat: ita etiam servus ex possessione servitutis in libertatem proclamare dicitur, l. possideri 3. §. si servus, quem possidebam 10. ff. de acquir. possess. ibi: Alioquin ex possessione servitutis in libertatem reclamaveris, l. si de possessione servitutis 20. C. de probat. ergo incorporalium rerum vera datur possessio, & non impropria seu quasi possessio

possessio. Sed respondendum est, semper verum esse rerum incorporearum nullam esse veram possessionem, sed earum dari tantum quasi possessionem: & quod in dictis iuribus, & similibus dici eas possideri ex eo, quod pro his iuribus incorporalibus non minus, quam pro rebus corporalibus remedia civilia undeque comparata sunt: & ea de causa sine ulla adjectione simpliciter possideri dicuntur res incorporales. Unde etiam notandum est istarum rerum incorporearum, quas quasi possideri diximus, nonnullas esse ejus conditionis, ut in earum possessione, vel quasi possessione esse potius quam eas possidere dicamur, ut in *cap. si vigilanti extra, de prelat.* ibi: *Neque Ecclesia Pijana, vel tu fueris in quasi possessione juris exigendi juramentum, l. circa 14. ff. de probat.* ibi: *Et si quidem in possessione libertatis fuit, & paulo inferius: sin vero in possessione ingenuitatis fuit l. vis ejus 15. C. de probat.* ibi: *Inquisito prius, an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sit, plerumque tamen illa indistincte usurpantur, ut docet Petrus Frederic. Mindan. dict. cap. 1. num. 12. & seq.*

Subdividitur etiam possessio hæc propria, vel impropria, quod utraque sit juris, & facti; vel (quod idem est) civilis & naturalis, *l. possessio 49. §. 1. ff. de acquir. posses.* ibi: *Quia possessio non tantum corporis, sed & juris est, l. nemo ambigit 10. C. de acquir. posses.* ibi: *Nemo ambigit possessionis duplicem esse naturam: aliam, quæ jure consistit, aliam, quæ corpore, & paulo post, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, & causa in iudicium deducta super jure possessionis vacillat, ac dubitat, text. in l. stipulatione ista 38. §. hoc quoque 7. ff. de verb. oblig.* ibi: *Sed quamvis civili jure servus non possideat, tamen naturalem possessionem sibi utiliter stipulatur, & §. seq. ibi: Licet enim possidere civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat, l. qui legatorum 2. §. 1. ff. pro hered. ibi: Ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur l. in hac 3. §. fin. ff. ad exhibend. ibi: Non solum eum, qui civiliter sed etiam eum, qui naturaliter incumbit possessioni l. 1. §. de jectur 9. ff. de vi & vi arm. ita ibi: Dejectur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat: nam & naturalis possessio ad hoc interdictionem pertinet, l. quod servus 24. ff. de acquir. posses. ibi: *Quod servus civiliter quidem possidere non possit, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere.* Et hanc subdivisionem possessionis sequuntur Bartol. in l. 1. de acquir. posses. num. 7. Castrenf. num. 8. Imola num. 13. Cuman. num. 10. Covarruv. in regula possessor. 2. part. cap. 1. num. 4. Fachin. lib. 8. controu. cap. 5. Cujac. lib. 27. observation. cap. 7. & lib. 9. observat. cap. 33. Petrus Frederic. Mindan. de acquir. posses. dict. cap. 1. num. 16. Donel. lib. 5. comm. jur. civil. cap. 9. D. Gregor. Lopez de Madera lib. 1. animadversion. cap. 27. num. 1. D. D. Melchior. de Valentia dict. tract. 2. cap. 3. num. 2. & seq. qui num. præced. refert Accursij, & aliorum sententiam affirmantium unicam esse speciem possessionis: quæ opinio satis aperte reprobatur ex supra dictis Consultorum responsis, quia non unicam, sed plures esse species possessionis indicuntur Jurisconsulti, etiam in l. quemadmodum 8. ff. de acquir. posses. ibi: *Nulla possessio l. non solum 33. §. quod vulgo 1. ff. de usucapionib. in illis verbis: Cum hæc igitur recipiantur in ejus personam, qui possessionem habet, quanto magis in colone recipienda sunt, qui nec vivo, nec mortuo domino ullam possessionem habet, ut docet Valentia dict. num. 2. Marc. Liclama lib. 7. membr. egloga 25.**

Civilis possessio est, quæ jure constat, quæ quis non tam corpori, quam juri ipsi incumbit. Naturalis verò possessio est, quæ quis non tam juri, quam corpori, ejusve usi insitit. Definiamus nunc utramque possessionis speciem, & primò civilis possessionis definitio hæc est. Civilis possessio est corporalis rei detentio, quæ quis non tam corpori, quam juri ipsi incumbit cum animo, & affectione domini, vel non domini; suo tamen nomine, sibi-que rem habendo, *l. si servus 22. §. 1. ff. de noxal. actio.* ibi: *Opinione domini, l. penultim. §. cum igitur 1. Codic. de furt. & fro. corrupt.* ibi: *Cum igitur bona fidei possessor domini cogitatione furem possideat, merito igitur donec apud eum constitutus est, & alius tenetur noxali actione, dict. l. stipulatio ista 38. §. habere 9. ff. de verb. obligat.* ibi: *Habere dupliciter accipitur, nam & eum habere dicimus, qui rei dominus est, & eum, qui dominus quidem non est, sed tenet: denique habere rem apud nos depositam solentur dicere: in eadem l. §. si quis forte 3. proprietatis, & usus, & usufructus, vel quod aliud jus haberi, hoc est possideri dicitur. Naturalis possessio est rei corporalis detentio, quæ quis non tam juri, quam corpori, ejusve usui insitit, & incumbit cum animo sibi, & suo nomine; vel alteri, & alterius nomine possidendi l. 1. in pr. possideri 3. §. ex contrario §. in fin. cum tribus §. §. seq. l. quicquid 4. l. clam 6. l. naturaliter 12. l. rem 16. l. si aliquam 28. l. possessionem 29. l. qui pignoris 36. cum similibus ff. de acquir. posses. l. debitor 40. §. ult. ff. de pignor. actio. sic servus jure civili possidere non potest, naturaliter tamen potest dict. l. stipulatio ista §. hoc quoque 7. de verb. obligat. In definitione dixi corpori, ejusque usui, ut ostenderem quandam possessionem naturalem esse, quæ corpori; quandam, quæ usui potissimum, & principaliter incumbit: itaque illa multis in locis appellatur corporalis, ut in dict. l. debitor §. ult. de pignor. actio. ibi: *Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius prestare cogitur l. si id quod 25. §. quod autem 2. ff. de acquir. posses.* ibi: *Quod autem solo animo possidemus, queritur, utrum usque eo possideamus, donec alius corpori ingressus sit, ut prior sit illius corporalis possessio: l. quod servus 24. cod. tit. ibi: Is, qui in tua potestate est ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed justam potestatem acquirere; quamvis non ego naturalem, & corporalem possessionem naturaliter & corporaliter possidere, promiscuè etiam hinc inde assumi, ut in l. cum heres 22. & passim hoc tit. de acquir. posses. Denique hæc definitiones tam civilis, quam naturalis possessionis sumptim à dicto Frederico Mindano de acquir. posses. cap. 1. num. 17. & duob. seqq. quibus refutabimus infra cap. 5. Doctorum varias opiniones circa explicandas species civilis, & naturalis possessionis.**

CAPUT III.

Quinam sibi suoque nomine, vel alteri, & alieno nomine possideant?

SUMMARIUM.

1 Qui affectione domini, & sine hac affectione sibi possident, civiliter possident. Quisquis dominus est, vel præsumit se esse dominum.

num, possidet affectione domini. Qui possident pro suo, pro herede, pro donato, &c. affectione domini possident.

2 Sine affectione domini sibi & suo nomine civiliter possidet usufructuarius. Explicatur l. 20. & 21. Digest. quemadmodum servit. amittat. l. ultim. uti possidetis? Emphyteuta sibi suoque nomine possidere ex l. 15. §. 1. qui fatid. cogant. apparet. Vasallus majora jura, quam usufructuarius habet, & sic sibi suoque nomine possidet.

3 Creditor pignoratitius, & precario rogans sibi suoque nomine possident. Explicatur l. 22. §. 1. de noxal. actio. l. 15. §. 4. de precar. l. 1. §. ultim. & l. ultim. ff. uti possidetis. l. 13. §. 7. l. 36. & 37. de acquir. posses. l. 35. §. 1. l. 40. in princ. & §. final. de pign. act. l. 1. §. 16. ff. de usucapion. Missus in possessionem rei servanda gratia non habet interdictionem possessoria. Referuntur plurimi, qui civilem & naturalem possessionem tribuunt creditori pignoratitio?

4 Sequenter sibi, suoque nomine possidere, ostenditur. Circa sequentium explicatur l. 39. de acquir. poss. l. 17. §. 1. ff. depositi.

5 Maritus rerum dotalium verè possessor est, l. 15. §. 3. qui fatid. cog. Maritum rerum dotalium dominum esse demonstratur. Illos, quibus contra leges donatur, donata rei possessores esse docetur. Explicatur l. 1. §. 10. ff. de vi, & vi armata l. 1. §. 2. ff. pro donato, l. 16. de acquirend. posses. l. 36. de donat. inter virum, & uxorem, l. 5. pro derelict. l. 13. de petit. hered. Qui vi, aut clam fundum ingreditur, sibi suoque nomine ve è possidet. Is, qui ita fundum ingreditur, contra dominum non habet interdictionem possessoria: contra alios vero habet. Ad id adducuntur l. 1. §. 30. ff. de vi, & vi armata, & l. fin. ff. de acquirend. posses. Quicunque servitute aliqua suo nomine utitur, illam quasi possidet. Hinc interdictione dantur l. ultim. quemadmodum servit. amittant. l. ultim. de itin. acti. que priu.

6 Hi, qui alieno nomine non sibi, sed aliis possident, enumerantur. Longè aliud est in possessione esse, aliud possidere? His, quorum nomine retinent, dantur interdictione; non ipsis, qui detinent. Verbum possessio largè sumptum comprehendit eos, qui aliis possident. Aliis possident colonus, inquilinus, atque servus, l. 3. §. 7. de acquir. posses. Adducuntur l. 25. §. 1. de acquirend. posses. l. 6. §. 2. de precar. l. 1. §. 22. de vi, & vi armata.

7 Qui rem locatam, commodatam, depositam habet, aliis possidet, non sibi. Adducuntur l. 3. §. fin. cum l. seq. ad exhibend. l. 10. §. 1. de acquir. posses. Qui custodia causa in possessionem rei mittuntur,

aliis possident, non sibi. Adducuntur l. 3. §. 8. uti possidetis, l. 9. de rei vindicat. l. 1. §. 9. quor. legat. & num. sequent. & 9. Qui alieno nomine in possessione est, aliis, & non sibi possidet. Adducuntur l. 20. quemadmodum servit. amittat. l. 9. l. 41. de acquirend. possessione. An illi, qui suo nomine possidere diximus, alieno possint possidere? Explicatur l. 10. §. 1. de acquir. posses. l. 6. §. 2. de precar. An, & quando creditor pignoratitius possideat sibi, & non aliis? An hi, quos aliis possidere diximus, possint aliquo casu sibi possidere? Ostenditur casus, quo missus rei servanda causa possidere dicitur. An, & quando conductorem possidere dici possit, ostenditur.

IN cap. præced. in fin. diximus possessionem civili necesse esse, ut animus, atque jus intercedat sibi, suoque nomine possidendi, quamvis non semper affectione domini possideatur: ita etiam in naturali possessione animus intercedit, non tantum sibi, suoque nomine, sed etiam interdum alteri, & alieno nomine possidendi: unde hæc possessio nuda detentio vocatur, ut dicemus infra cap. 6. Nunc primò notandum est; quòd qui civiliter juri incumbendo possident, iidem & naturaliter sibi, suoque nomine possidere soleant, & possint ut rectè notat Marc. Lyclam. l. 7. membr. egloga 25. in princip. isti verò, qui sint, & quinam cum animo, & cogitatione domini, vel non domini, sibi tamen, & suo nomine possident; inspicimus. Cum affectione domini possidet quisquis dominus rei est, vel cogitationem domini habet, Theophil. in §. 4. instit. per quas person. nobis acquir. & §. 1. quib. mod. tollit. obligat. §. 3. versic. sed bona fidei possessor. instit. per quas person. cuiq. acquir. l. acquiritur 10. §. fin. ff. de acquir. rer. domin. facit. l. qui à quolibet 27. ff. de contrab. empt. l. qui fundum 7. §. qui bona 4. ff. de contrab. empt. taliter ut insitit rei tanquam suæ l. pen. §. cum igitur 1. C. de furt. & serv. corrupt. l. si servus 22. §. 1. de noxal. actio. l. quacumque 13. §. 1. ff. de Publ. in rem actio. Donel. lib. 5. comm. jur. civil. cap. 6. D. D. Melchior. de Valentia de acquir. posses. cap. 11. num. 11. & 12. Joan Borcholt. de verb. obligat. cap. 4. num. 6. licet ibi malè credat vestigia Cujacij (ut affolet) sequendo, solum posse civiliter possidere, qui affectionem domini habeat, & non alius, Frederic. Mindan. de acquir. posses. cap. 1. num. 17. cap. 3. num. 2. & cap. 5. num. 7. quibus jungendus est. Marc. Lyclama dict. loco. Et hanc possessionem cogitatione domini apprehensam habent omnes, qui rem possident pro suo, pro emptore, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote, pro noxæ dedito, l. possideri 3. §. genera 21. ff. de acquir. posses. ita, & dominus servum peculij civiliter possidet, l. quod servus 24. cod. tit. Petrus Frederic. Mindan. de acquir. posses. c. 2. n. 2.

Cum animo non domini, suo tamen nomine, & sibi rem habendo, possident primò fructuarius, & usufructuarius: de fructuario expressus est text. in l. fructuarius 21. ff. quemadmodum servit. amittant. ubi postquam in lege præcedenti decreverat Scævola, quomodo usu retineretur servitus, in his verbis: *Usu retineretur servitus, cum ipse, cui debetur, utitur; quive in possessionem ejus est, aut mercenarius, aut hospes, aut medicus*

medicus quive ad visitandum dentem venit, Paulus in dicit. l. fructuarius 21. hac addidit: fructuarius licet suo nomine possideat: quibus manifeste apparet, fructuarium sibi, suoque nomine possidere. Ulpianus de usufructuario, & usufructuario expressus est etiam text. in l. ult. ff. uti possideatis, ubi Ulpianus hac scribit: *In summa pro dicendum, & inter fructuarios hoc interdictum readendum, & si alter usufructuarius, alter possessionem sibi defendat, laem erit probandum, & si usufructuarius quis sibi defendat possessionem: & ita de usufructuarius scribit. Proinae & si altero usum, alter fructuarius sibi teneatur: & his interdictum erit dandum, ubi satis apertis verbis demonstrat Consultus, usufructuarium & usufructuarium sibi suoque nomine possidere. Secundò sibi, suoque nomine possidet emphyteuta: quod ita constituit Macer in l. sciendum 15. §. 1. ff. qui satisfacti, cogant ex eo quod exemplo proprietariorum eum à cautione de iudicio sibi facienda eximat. Tertio vasallus, qui potiora, quam simplex fructuarius jura habet, sibi suoque nomine civiliter possidere existimatur, text. in cap. unico in princ. si de investitura inter dominum, &c. quemadmodum investitura, quæ propria dicitur, possessionem vasallo, sibi, suoque nomine habendi confert, vide cap. unice in princ. quid sit investitura.*

3. Quarto creditor, qui pignori rem accepit; & quinto, is qui precario rogavit, licet non possideant opinione domini: & ob eam causam neque actione noxali teneantur; tamen iuste sibi, suoque nomine possidere certum est, ex dicit. l. si servus 22. §. 1. ff. de noxal. action. l. habet 15. §. cum qui 4. ff. de precar. ibi: *Est enim, qui precario rogavit, ut sibi possidere liceat, nanciscet possessionem dubium non est, l. 1. §. ult. dicit. l. ult. ff. uti possideatis l. Pomponius 13. §. si is qui 7. ff. de acquir. possess. Ulpianus quod creditorem pignoratitium apertissimi textus sunt in l. communis 7. §. inter eos 12. ff. commun. divid. l. cum & sortis 35. §. 1. ff. de pignor. action. ibi: Pignus manente proprietate debitoris solum possessionem transfert ad creditorem, potest tamen & precario, & pro conducto debitor re sua uti, l. debitor 44. in princ. & §. final. cod. tit. ibi: Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit; restituere debet, l. per servum 37. ff. de acquir. rer. domin. l. qui pignoris 36. l. rei pignoris 37. ff. de acquir. possess. l. servi 16. ff. de usucap. D. D. Melchior de Valentia dicit. tract. 2. cap. 2. num. 12. & cap. 11. num. 1. & seqq. Frideric. Mindan. de acquir. poss. cap. 2. num. 5. & seqq. novissimè Doctor Josephus Fernandez à Retes lib. 1. opuscul. cap. 13. num. 2. Guillem. Masius singul. opin. lib. 4. cap. 1. num. 8. Itaque licet simplex creditor rei servandæ gratià missus in possessionem, interdicta possessoria non habeat: cum non possideat l. si duo 3. §. creditores 8. ff. uti possideatis, tamen creditoris pignoratitij, cui pignus traditum est; longè diversa ratio est, quia dubio procul possidet: & idè docet glossa in dicit. §. 8. de quo non esse dubitandum ait Cujacius lib. 9. observat. cap. 33. prope mediana, Menoch de adipsicend. possess. remed. 3. num. 26. & seqq. Itaque civilem, & naturalem possessionem creditori tribuunt Paul. Castrensi. in l. 1. §. per servum 15. de acquir. possess. num. 3. & in l. servi 16. ff. de usucapion. Menoch. de ret. rem. 30. num. 159. & duob. seqq. & de recedenda remed. 9. num. 192. & seqq. Negulant de pignor. 3. part. membro. 1. à num. 29. idem Cujac. ab opinione contraria discedens in dicit. §. per servum & apertius lib. 44. Digestorum Juliani in l. per servum 37. in princ. ff. de acquir. rer. domin. & l. 10. respons. Papin. in l. missa legatario 12. ff. pro*

emptore Anton. Fab. de error. pragmat. deced. 75. & in ration. ad l. quæcumque ff. de public. in rem actian. & in l. cum & sortis 35. §. 1. de pignor. action. & in l. si pignus 37. cod. tit. & alij plurimi, quos longa manu congerit D. D. Melchior de Valentia dicit. cap. 11. in fin. Osiwald. lib. 5. comm. Donel. cap. 14. liter. D.

Sexto & sequester, cui partes concelestrum possessionem, verè possidet: nam Julianus circa eum in l. interesse 39. ff. de acquir. poss. hac scribit: *Interesse puto, quia mente eorum sequestram deponitur res: nam si emittenda possessionis causa, & hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessionis ejus paribus non procederet. At si custodia causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat, & Florentinus in l. licet, 17. §. 1. ff. depositi: rei depositæ proprietatis, inquit, apud depositum manet; sed & possessio nisi apud sequestrum deposita est: nam tunc deum sequester possidet: id enim agitur ex depositione, ut neuvius possessionis id tempus procedat. Itaque si constet, vel appareat partes, vel iudicem possessionem veram in sequestrum tradidisse, res per se satis aperte nota est; aliàs in dubio, præcipue quando sequestratio necessariè fuit facta officio iudicis in sequestrum non transfertur possessio, sed solum custodia, administratio, & manutentia, ut placuit Bartolo in utraque lege: eamque sententiam communem esse affirmat Alexander in dicit. l. interesse num. 4. Colerus de processuum execut. part. 3. cap. 11. num. 1. Hieronym. Treutler. volum. 1. disp. 26. thes. 9. & volum. 2. disp. 21. thes. 4. Petrus Loriot. tract. 5. de Apicib. jur. ut. de sequestrat. axiom. 4. quem & Bulteam refert Osiwald. dicit. lib. 5. comm. Donel. cap. 13. liter. F. Abbas Pavortmitan. cap. 2. de sequestr. possess. Felin. in cap. examinata de iudic. num. 10. Andreas Gail. lib. 1. observ. observat. 5. num. 10. & observat. 148. num. 9. & de Arrestis imperij cap. 12. num. 6. Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 2. num. 8. cap. 3. num. 14. cap. 9. num. 30. & cap. 11. num. 77.*

Septimò maritus dotem, quam pro muliere accepit, sibi suoque nomine possidere dicitur, in l. sciendum 15. §. si fundus 3. ff. qui satisfacti, cogant. ibi: *Si fundus in dotem datus sit tam uxori, quam maritus propter possessionem ejus fundi possessores intelligantur: maritus enim habet usufructum, & penè domini loco in ea dote habetur. §. per traditionem 41. in fin. instit. de rer. divis. princ. instit. quibus alien. licet, vel non l. lucius 21. §. idem respondit constant. 4. ff. ad municipal. l. quamvis 75. ff. de jur. dot. l. prædium 21. C. cod. tit. Octavo is, cui contra leges donatur, sibi suoque nomine possidet, & habet propter eam possessionem remedia possessoria, & interdicta; veluti mulier, cui constante matrimonio vir quicquam donavit, l. 1. §. denique 10. ff. de vi, & vi armata, ubi in fine ex eo, quod colonus, qui naturalem tantum habet possessionem (ut docebitur num. seqq.) excludatur ab eo interdicto, cognoscitur mulieris possessionem naturalem possessionem majorem esse: verba dicit. §. sunt hæc: *Denique & si maritus uxori donaverit ea qua dejecta sit, poterit interdicto nisi non tamen si colonus, l. 1. §. si inter 2. ff. pro donato, ibi: Possidere autem uxorem rem à marito donatam Julianus putat l. quod uxori 16. ff. de acquir. possess. l. si donata 36. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. si id quod 5. ff. pro derelicto l. nec ullam 13. §. 1. versio. item ff. de petit. hered. Bacon. lib. 2. declaration. cap. 33. Connan. lib. 3. comm. cap. 10. Donel. lib. 5. comm. jur. civil. Anton. Fab. in rational. ad dicit. l. nec ullam D. D. Melchior de Valentia dicit. tract. 2. cap. 6. num. 1. 2. 3. & seqq. Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 2. num. 10. D. Franciscus**

Franciscus de Amaya lib. 2. obser. c. 116. n. 10. & vide quæ dicemus infra cap. 8. n. 5. Nondè, qui vi aut clam prædium meum ingreditur, sibi suoque nomine possidet, aded ut quavis non contra me ut potiora jura habentem, tamen contra alios interdictorum uti possidetis, vel unde vi habeat remedium, l. 1. §. qui à me 30. ff. de vi, & vi arm. l. final. ff. de acquir. possess. Postremò, quicumque servitute aliqua, non alieno, sed suo jure utitur, sibi suoque nomine quasi possidere videtur ad effectum etiam interdicendi possessionis tuendæ gratià, l. ultim. cum quatuor precedentibus. ff. quem adm. servit. amit. l. ultim. & tot. tit. ff. de iur. adit. que privat. tit. de aqua quotidian. & alij. De quibus omnibus possessio-ribus hucusque enumeratis in hoc cap. sic statuit, & rectissime Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 2. num. 1. usque ad num. 13.

Alteri, non sibi, alieno & non suo nomine hi omnes possident, qui rei quidem corporaliter insistant, eamque tenent citra ullam civilem possessionis causam, cum incumbere nequeant juri, quia ad effectus civiles producendos nullum jus eis præstat similis possessio, l. officium 9. §. de rei vend. Unde provenit, ut isti in possessione potius esse dicantur, quod longè aliud est, quam possidere l. si quis ante 10. §. 1. ff. de acquir. possess. ibi: *Est autem longè diversum, aliud est enim possidere, aliud in possessione esse, l. possideri 3. §. caterum 12. eodem tit. l. certè 6. §. is qui rogavit, 2. ff. de precar. Itaque non illis, sed his, quorum nomine in possessione sunt, dantur interdicta, l. 1. §. quod servus 22. ff. de vi, & vi armata, quamvis pro generalissima vocabuli possessionis potestate, & illi simpliciter dicantur possidere, vel naturaliter possidere, l. communi 7. §. item si duo 8. §. seq. §. neque colonus 11. ff. com. divid. ibi: *Neque colonus, neque eis, qui depositum susceperunt, hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant. Eiusdem generis possessores sunt primò colonus, inquilinus, atque servus, dicit. l. possideri 3. dicit. §. caterum 12. ibi: Caterum animo nostro corpore etiam alieno possidemus, sicut per colonos, atque servos: neque movere nos debet, quod quasdam res etiam ignoranter possidemus, quos servi peculiariter paraverunt: nam videtur eas corundem, & animo, & corpore possidere, l. si id quod 25. §. 1. ff. de acquir. possess. ibi: *Et per colonos, & inquilinos, aut servos possidemus, etsi moriantur, aut furere incipiant, aut alij locent: intelligimur nos retinere possessionem, dicit. l. certè 6. §. 2. de precar. dicit. l. 1. §. quod servus 22. ff. de vi, & vi armata, ibi: *Quod servus, vel procurator, vel colonus tenet, dominus videtur possidere: idè his dejectis ipse de jure de possessione videtur, etiamsi ignoret eos dejectos, per quos possidebat. Et si quis igitur alius, per quem possidebam dejectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium est.****

Secundò eodem numero eorum, qui aliis, & alieno nomine possident, sunt omnes, qui rem locatam, commodatam; depositam habent, vel detinent, l. in hac 3. §. final. cum l. seqq. ad exhibendum; dicit. l. si quis ante 10. §. 1. ff. de acquir. possess. Tertio, & omnes illi, qui custodiæ causâ in possessionem missi sunt, aliis & non sibi, alieno, & non suo nomine possident, l. si duo 3. §. si creditores 8. ff. uti possideatis; d. l. si quis ante §. 1. l. 1. §. questum 9. ff. uti possideatis; d. l. officium 9. ff. de rei vindicat. Quarto, & generaliter quisquis omninò nostro nomine in possessione est, nobis & non sibi possidet; veluti procurator, hospes, amicus, familiaris, mercenarius, medicus, l. usque 20. ff. quem adm. servit. amittant. l. generaliter 9. l. quæ inter familiaritatis 41. ff. de acquir. poss.

Hieron. de Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

Quintò, & postremò (quod valde notandum est) contingi potest, ut aliqui illorum, quos suo nomine, & sibi possidere diximus, alteri & alieno nomine possideant, sicut accidit in eo, qui precario rogavit, sed eâ conditione ut non possideret, sed saltem in possessione esset, aut in fundo moraretur, l. si quis ante 10. §. 1. ff. de acquir. possess. l. certè 6. §. si quis rogavit 2. ff. precario, ibi: *Is, qui rogavit, ut precario in fundo moraretur, non possidet; sed possessio apud eum, qui concessit, remanet: Nam & fructuarius, (inquit,) & colonus, & inquilinus sunt in prædio, & tamen non possident, ubi mirari debet, quomodo Ulpianus neget fructuarium possidere, cum aliis multis in locis affirmaverit, eum possidere: quod & nos docuimus supra hoc cap. num. 2. Sed hujus varietatis ratio in promptu est, nam est is, qui precario possessionem natus est, verè possideat, ut demonstravimus supra num. 3. tamen sicut ipse Ulpianus apertius docet, in dicit. l. si quis §. 1. precario rogaverit, non ut possideret, sed ut in possessione esset, id sequendum est: non quod precario rogans possidere non possit, sed quia convenit, nè possideret. Eodem modo fructuarius non solum hoc agere potest, ut usufructum quidem certis modis ad aliquod tempus habeat, sed etiam ut in possessione saltem sit custodiæ causâ: & quod ex conventionione accidentaliter provenit, non est ministrandum nature precarij, & usufructus. Eadem ipsa ratione creditor pignoratitius, qui verè pignus sibi, & suo nomine naturaliter, & civiliter possidet, ut dixi supra d. num. 3. si custodiæ saltem, vel rei servandæ causâ mittatur in possessionem, neque possidere, neque interdicto uti posse dicitur in d. l. 3. §. creditores 8. ff. uti possideatis.*

Econtra etiam notari oportet ex his, quos alteri, non sibi possidere diximus, aliquos posse sibi; & suo nomine possidere: itaque licet missus in possessionem legatorum causa non possideat, ut demonstravimus supra num. 3. in fin. sed potius custodiat, quatenus eorum servandorum causa in possessione est; tamen si pro legatis possideat. nec recedat, & satisfactionem præster, sibi suoque nomine possidet, & habet interdictum quod legatorum; l. 1. §. questum 9. ff. quod legatorum. non quod possideat malâ fide, ut Zalius ibidem vult num. 3. & etiam Gothofredus; sed quod possideat bonâ fide, postquam satisfactio præstita est, & legatum agnitus, ut vult Fridericus Mindan. de acquir. possess. cap. 2. num. 19. Simili modo licet conductor vulgaris sibi non possideat, ut docuimus supra num. 7. tamen si tractetur de possessione conductoris ad longum tempus, verè atque propriè censetur possidere; Baldus, & Alexander in dicit. l. sciendum 15. in princ. ff. qui satisfacti cogant. ipse Baldus lib. 1. consil. 325. in fin. Aretin. in l. si quis autem 10. in princ. ff. de acquir. possess. Tiraquel. de retrat. lignag. §. 1. gloss. 14. num. 79. Casar Contardus ad l. nunciam. C. de moment. possess. limitat. 21. num. 271. quod limitandum est, nisi adsit pactum, ut locatio ad longum tempus terminos simplicis locationis non excedat, quod pactum inter contrahentes validum esse docet Mindan.

dicit. cap. 2. in fin.

*

*

*

CAPUT IV.

Quare fructuarium, & similes, quos diximus sibi, suoque nomine possidere, in aliquibus legibus possidere negetur: item quæ, & quotuplex sit earum legum explicatio?

S U M M A R I U M.

- 1 *Usufructuarium non possidere dicitur, l. 5. §. 1. ad exhibendum, & ejus verba referuntur, l. 15. §. 1. qui latidat. cogant. l. 1. §. 8. quod legator. Creditorem pignoratitium non possidere traditur in d. l. 5. §. 2. qui latid. cog. l. 7. §. 2. C. de præscript. trig. vel quad. ann. De eo qui precario rogat, idem apparet, ex l. 2. C. de præsc. trig. vel quadrag. ann. Referuntur etiam loca, quibus idem statuitur de emphyteuta.*
- 2 *Quatuor modis respondetur supradictis legibus, & similibus. Ad rectam possessionem non requiritur affectus domini, seu dominantis. Quando expresse actum est, ne supradicti possideant, non possidere eos docetur. Adducuntur l. ult. l. 3. §. 1. de itin. act. que privat. l. fin. uti possidetis. l. 9. §. 1. de vi, & vi armata. Valentia verba, quibus probatur quedam solutio ad supra adductas leges referuntur. De quo interdicto intelligi debeat l. 12. ff. quod vi, aut clam demonstratur. Servitutium possessores non possunt dici proprie possidere, sed improprie. Explicatur l. 1. §. 8. ff. quod legat. l. 10. §. fin. de acquir. rer. domin. §. 3. in tit. per quas perf. cuiq. acquirat. Possessionem dividi in possessionem bonæ, & malæ fidei docetur l. 3. §. 2. de acquir. possess. De quibus possessoribus loquatur l. 2. l. 7. §. 2. de præsc. trig. vel quadrag. annor. ostenditur.*
- 3 *Quinta interpretatio ad leges superiores traditur ex l. 15. §. 1. & 2. qui latid. cogant. Cautionem de iudicio sibi effugiunt qui in urbe, vel in agro res possident. In dict. l. 15. §. 1. & 2. quid velit Consultus, quando fructuarium, & creditorem dicit non esse possessores, ostenditur. Usufructus non utendo amittitur, & alius pro usufructuario uti non potest. Tempus, quo usufructus amittatur, præscribitur in l. pen. C. de usufr. & l. pen. C. de servit. & aqua. Ostenditur elegans differentia inter fructuarium, & creditorem pignoratitium. Pignus ad alium possessorem transit semper cum sua causa. Pignoris obligatio non extinguitur nisi solutione, vel eo, quod loco solutionis sit.*
- 4 *Laudatur Frideric. Mindan. in suprad. adductis interpretationibus. Supradicti possessores non solum naturaliter sed etiam civiliter possidere docetur. Myrbergerius oppositam sententiam ex l. 6. §.*

- 2. de precar. l. 1. §. ult. de non. oper. nunciat. amplectitur. Rigidij Hortensij alia sententia refertur, & suis ipsius verbis redarguitur.
- 5 *Cujacij opinio, ejuſque verba circa dictam questionem adducuntur. Alia aliorum interpretum sententia referuntur.*
- 6 *Superiorum Doctorum rationes nihil contra nostram sententiam facere ostenditur. Id, quod supponunt, solum dominos posse civiliter possidere, ut falsum reprobatur. Illud quod duo insolidum possidere non possunt, commentitium esse asseveratur. Verbum videtur aliquando improprietatem, plerumque affirmationem continet. An in l. 12. de acquir. possess. verbum videtur affirmativè concipiatur. Referuntur plurimi textus, quibus verbum videtur affirmativè ponitur. Ipsum fundum ab usufructuario jure usufructus possideri docetur. Quaedam consequentia, qua concipitur ineptè, refertur. Attinguntur l. 35. §. 1. de pign. act. l. 6. §. fin. de precar.*
- 7 *Contra Cujacium ponderantur l. 37. de acquir. possess. & l. 37. de pignor. action. Nostram sententiam etiam probans l. 12. §. 2. de usufr. & l. 5. si usufr. petat.*
- 8 *Desiderant Auctor rationem differentia inter creditorem, & fructuarium quoad possessionem. Equiparatio recta fit de jure creditoris ad fructuarium quoad possessionem. Quare in l. 13. de usucapion. dicatur, creditorem pro alieno possidere? Argumentum quod facit Valentia ex l. pen. de acquir. possess. refertur. Ponderatur l. 4. de usufr. qua dicitur usufructum partem dominij esse. Valentia docet ex l. 1. §. 1. in fin. ad exhibend. posse apud unum esse possessionem; & apud alterum, usufructum.*
- 9 *Supradicto argumento Valentia respondetur. L. penultim. de acquirenda possessio. non probare ejus intentum docetur, eaque lex explicatur. An ex illa lege possibile sit deduci usufructuarium non possidere? An unius possessio alterius possessionem impediat, & duo simul possidere possint?*
- 10 *Argumentum, quod Valentia contemnit, contra eum noviter ponderatur. Usufructuario competunt interdicta, unde vi, & uti possidetis l. 3. §. pen. l. ult. uti possidetis. Hac interdicta non dari nisi veris possessoribus ex l. 9. de rei vindicat. l. 1. §. 9. 22. & seq. de vi, & vi arm. ostenditur. Refertur responsio Valentia ad dictum argumentum, & illa nova ponderatione refutatur. Interdicta illa nisi possessoribus soli, vel rei, que solo coherent, non competunt. Adducuntur l. 1. §. 3. & seq. de vi, & vi armat. l. 1. §. 1. uti possidetis §. 4. in tit. de interdict.*
- 11 *Fundamenta, qua contra nostram sententiam addu-*

- adducuntur, vel illi favere, vel proposito aliena esse demonstratur. Pro ea sententia faciunt, l. 5. §. 1. ad exhibend. l. 1. C. comm. de usucapion. l. 18. de acquir. possess.
- 12 *Inter ea, qua proposito aliena sunt, explicatur l. 1. §. 8. de acquir. possess. & n. seq. Item l. 3. §. 12. d. tit. l. 20. quemadm. servit. amittant. l. 3. ff. de usucap. In quo distinguantur alieno nomine possidere, & pro alieno possidere docetur. Quid sit pro alieno possidere, & quem effectum habeat, ostenditur. Quid per fructuarium dominus, & per creditorem debitor; retineat, demonstratur. Quandoque finiatur usufructus, cum proprietate consolidatur. Soluta quandoque pecunia pignus in pristina causa restituitur.*
- 13 *Quantum distent inter se usufructum habere, & fructuarium esse, docetur. Dominio cuiusque rei in esse usufructum, & qualis ille sit, traditur. De quo usufructu intelligenda sunt l. 126. §. 1. de verb. oblig. & l. 66. §. 6. de leg. 2. Quid sit usufructum habere, quid fructuarium esse definitur. Alia, & alia l. 1. §. 8. de acquir. possess. explicatio traditur. Falsum esse dicere nos possidere per eos, qui suo nomine possident, demonstratur. Supradicti omnes causam possidendi à nobis habent, neque eam mutare possunt, quin possessionem intervertant.*
- 14 *Argumento, quod facit Cujacius ex l. 7. §. 2. C. de præsc. trig. vel quadrag. ann. abundè respondetur. Eodem modo interpretanda sunt, l. 1. cod. tit. & l. 36. de acquir. possess. & n. seq.*
- 15 *Supradictarum legum conciliatio vera ex nostra sententia deducitur. Possessio potest esse iusta, & illa simul esse possessio mala fidei. Per usucapionem plenum jus dominij acquiri ostenditur. Translatam à domino in fructuarium, & alios possessionem non recuperat dominus, dum causa apud eos durat. Explicatur l. 20. §. ult. de pignor. act. & l. 36. de acquir. possess. & num. seq.*
- 16 *Creditor naturaliter possidet pignus, etsi illud precario iterum dederit debitori. Species, in qua id falli possit, demonstratur, & l. 32. §. 1. de acquir. possess. explicatur. An fructuarium emphyteuta, & alij præscribere aliquando dominium rei possint?*
- 17 *Alia conjectura, qua probatur fructuarium, & alios sibi possidere, adducitur. An hic, qui non possident sibi, aliquando dentur interdicta possessoria?*
- 18 *L. 1. §. fin. & l. 9. de oper. nov. nunciat. explicatur.*

que affectum domini, seu dominantis habere possunt. Nunc restat respondere plurimis legibus, quibus negatur illos possidere, De fructuario, ut de eo prius incipiamus, extat. text. in l. Celsus §. 5. 1. ff. ad exhibend. quo probatur, fructuarium non possidere in illis verbis: Sed & eum ad exhibendum cogi, qui usufructus nomine rem teneat: quamvis nec hic utique possidet, text. in l. sciendum §. 5. §. 1. ff. qui satisd. cogant, ibi: item qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est: eum vero, qui tantum usufructum, possessionem non esse Ulpianus scripsit, l. acquiritur 10. §. fin. ff. de acquir. rer. domin. ibi: usufructuarium vero usucapere non potest, primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendique deinde quoniam scit servum esse alienum l. 1. §. unde 8. ff. quod legator ibi: Moveri quod neque usufructus, neque usus possidentur, sed magis tenetur: quod & tenet Melch. de Valentia tract. 2. cap. 11. num. 3. Christophor. Besold. in delibatis jur. lib. 7. Pandect. quest. 6. Etiam creditorem pignoratitium possidere negatur in dict. l. sciendum §. creditor 2. ff. qui satisd. cogant. ibi: Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, l. cum notissimi 7. §. sed cum illud 2. C. de præsc. trig. vel quadrag. annor. & alij plurimi textus, quos refert, & interpretatur Valentia d. cap. 11. num. 11. & seqq. De precario etiam extat text. in l. malè 2. C. de præsc. trig. vel quadrag. ann. quo probatur precario rogantem non possidere. Idem affirmat de emphyteuta glos. in dict. l. malè per l. cum notissimi §. fin. uti refert Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 3. num. 1.

Neque supradictis locis moveri debemus ad contrariam sententiam: illis enim legibus quadruplicem respondendi viam ipsi Jurisconsulti nobis aperuerunt. Itaque primo respondetur, quod si, qui pignori accepit, vel precario rogavit, aut usufructuarium, & similes opinione, cogitatione aut affectione domini non possideant l. si servus 22. §. 1. ff. de noxal. action. l. per §. cum igitur 1. C. de furt. & servo. corrupt. quamvis aliàs justè possideant incumbendo unusquisque juri, quod id re possessa habet, l. acquiritur 10. ff. ad acquir. rer. dom. quia ad verè, & justè possidendum non est necesse, ut is, qui possidet, rem teneat affectu domini seu dominantis, ut docimus supra cap. 2. num. 3. in fin. Secunda responsio est, quod supradicti rerum detentatores non possideant, si expresse inter contrahentes actum fuerit, ut in possessionem tantum sint, & non sibi, nec suos, sed aliis, & alieno nomine rem teneant, ut diximus cap. præced. num. 8. Vel dicendum est, quod licet fructuarium ipsum fundum possideat, ut infra docebimus in num. 9. & seq. illam tamen non possideat ratione proprietatis, sed ratione usufructus, respectu cuius interdicta habet, l. ult. ff. de itin. act. que privat. l. fin. ff. uti possidetis, l. si plures 9. §. 1. ff. de vi armata, l. inde 3. §. idem Julianus §. cod. tit. de itin. act. que privat. quod & in usufructuario præsentit Valentia, d. in d. tract. c. 9. n. 10. hæc scripta relinquit: Cui equidem rationi decisiones Consulti, quas alias ex Papiniano in d. l. possessio 49. adicere possumus. Primum, quia usufructuarium aliquo modo possidet, cum rem naturaliter teneat, leg. naturaliter 12. ff. hoc tit. & usufructus jus quasi possideat, l. ait prætor. 13. §. item 2. ff. ex quib. cau. major. l. 3. §. ult. ff. de vi, & vi armata. Et quod in l. quæquam 12. ff. quod vi, aut clam dicitur, interdictum dari colono, & fructuario adæquando fructuarium cum colono, illud intelligi debet de interdicto utili, sicut in l. colonus 12. ff. de vi, & vi armata. & de fructuario Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

quod expressè agit, ut non possideret, sed tantum in possessione esset. Tertia responsio est, si agatur de possessione servitutis, & jurium, quod tales non possideant propriè, cum id quod possideat, incorporale sit, & meri juris: possident tamen improprè, ut docimus supra cap. 2. num. 6. & hic considerationem usum, vel usumfructum, in d. & ipsum servum, in quo usumfructum habemus, possideri negat Consilius in dict. l. 1. §. unde §. ff. quod legator. l. acquiritur 20. §. final. ff. de acquir. rer. domin. §. de his 3. injit. per quas pers. cuiq. acquirat. Quarta responsio est bona, vel mala fide defumi debet: nam genus possessionis inter alias distinctiones, quas recipit, dividitur in duas species, nempe ut possideatur bona, vel mala fide, l. possideri 3. §. vel etiam 22. ff. de acquir. poss. qui igitur mala fide rem alienam detinet, non possidet bona fide, ad civiles scilicet præscriptionum effectus contra ipsam dominum: & de his loquitur textus in dict. l. malè & l. cum viciisimi. C. de præsc. trig. vel quadrag. & hanc specialem rationem assignat Imperator Justinianus in dict. §. 3. & Consilius in dict. l. acquiritur 10. §. fin. ibi: quoniam scilicet servum esse alienum.

Quinta responsio reddi potest circa obligationem præstandæ cautionis sistendi in iudicio in dict. l. sciendum §. 1. & seq. ubi dicitur, neque fructuarium, neque creditorem pignoratitium possessores esse: sed cum ibi tractetur de cautione iudicio facti, quam evitare illi solè possunt, qui vel in urbe vel in agro res soli possident, vel quia tunc satis cautum sit actori, etiam si reus iudicium fugerit, vel quia possessor rerum immobilium tollit suspicionem fugæ, ut tradit Bartolus, & Doctores; merito possessionis verbum non de quacumque possessione in eo casu, sed de ea, quæ cum proprietate conjuncta est, & jure dominij consistit, erit accipiendum. Ideoque postquam Consilius scripsit proprietatis dominium non usufructuarium, quod attinet ad hanc actionem, possessorem intelligi; adiecit, nec creditorem possessorem esse, nempe ut satisfactionem vitet, licet possessionem sibi traditam habeat, id est a debitore translata. Itaque ut brevius loquamur, usufructuarium, & similis non sunt possessores ad vitandam cautionem iudicio facti, concedo: ad alios verò effectus, nego: ut de creditore ex Antonio Fabro in rational. ad dict. l. sciendum, Accurtio, & Bartolo ibidem, & Bronchorst cont. 7. assers. 89. tradit D. D. Melchior de Valentia dict. tract. 2. cap. 13. num. 13. & in sequentibus, soluit, & interpretatur alios textus contrarios sententia assertenti creditorem pignoratitium civiliter & naturaliter sibi possidere. Ulterius circa usumfructum arctiori ratione, quam circa creditorem constituitur in dict. l. sciendum, ut non habeatur pro possessore ad hoc, ut satisfactionem vitet: nam si fructuarium fugeret iudicium, non utendo usumfructum amitteret, §. finitur ultim. injit. de usufr. l. placet 25. ff. quib. mod. usufr. amittat. (quo tempore usufructus finitur, expressum habes, in l. pen. C. de usufr. l. pen. C. de servit. & aqua) & actor petere non poterit, ut usufructus ejus, qui effugit, ei applicetur, cum natura usufructus talis sit ut ipse solus, cui usufructus relictus fuit, eo uti debeat, & alij non possint, d. §. finitur d. l. pen. C. de usufr. Donell. lib. 10. comm. jur. civil. cap. 17. Aggidius Hortens. in d. §. finitur versic. quarto amitti, quod in creditore pignoratitio diversam est, cum et si pignus ad alium possessorem transferat, semper manet salva pignoris causa, l. si convenerit 18. §. si fundus 1. ff. de pignor. action. l. debitor 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. soluit. l. alienatio 67. ff. de contrab. empt. vel si hypothecam

derelinquerit aufugiendo iudicium, salvum semper maneat jus pignoris, quod pro suo debito possit actori applicari, cum pignoris causa & natura sit, ut non extinguatur nisi naturali solutione vel aliquo alio, quod loco solutionis sit, l. soluitur 5. c. omnibus §. l. ite 6. cum suis §. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. soluit. l. soluitur 49. ff. de solution. secundum eam interpretationem, quam ad hanc legem attulimus supra lib. 3. cap. 6. num. 20. non tamen ex eo sequitur, quod fructuarium non sit verè possessor ad alios effectus.

Supradictarum legum relatas interpretationes sumpsimus à Petro Friderico Mindano dict. cap. 3. num. 1. usque ad num. 7. licet in quibusdam ejus rationes mutaverimus. Nunc verò disquiri oportet, an hæc sententia (scilicet quod non solum proprietarius, sed etiam usufructuarium, emphyteuticus, creditor pignoratitius, & alij, quos diximus supra cap. 1. num. 1. usque ad num. 6. suo nomine & sibi possidere non solum naturaliter, sed) quod magis est (etiam civiliter) recta sit, & probè à nobis recipiatur? quia ea ferè ab omnibus refutatur; uti primum contra fructuarium, & similes, quod non sibi suoque nomine, sed proprietario, imò, quod hic per eos possideat, indistinctè affirmavit Myulingerius in §. possidere 5. num. 4. injit. de interd. per l. certe 16. §. is qui 2. ff. de precar. l. 1. §. ult. ff. de non. oper. nunciat. ubi dicitur usufructuarium opus novum suo nomine nunciare non posse. Temperatitius loquitur Aggid. Hortens. in d. §. de his 3. versic. non solum autem proprietatis per eos servos, quilibet absolute neget fructuarium civilem possessionem. talibus tamen verbis eam negat, ut magis fateri, quàm negare videatur: ejus verba referam, sic enim, inquit, huic locum accipio, ut quamvis possessio usufructuarij non plene sit civilis, sit tamen aliquo major naturalis: & quantum usufructus juris sit, tantum ea possessio ex jure maneat: sic faxo, ut velle inter Javolenum, & Papinianum (retulerat supra Javolenum in l. cum heredes 23. §. ultim. ff. de acquir. poss. & Papinianum in l. possessio 49. eod. tit.) cum una Paulo restat controversia (retulerat etiam Paulum in l. 1. §. per eum 8. dict. tit.) ab eo, quod fatetur servum fructuarium non possideri, nempe civiliter, sed eum hoc dicere interpretor absolute, simpliciter, & præcisè: quemadmodum & dicit, quomodo & certum est, filium non possideri, aut iudicari posse l. 1. §. per hanc 2. ff. de rei vindicat. (de qua dixi supra lib. 2. c. 4.) quasi filius causa adiecta ex lege Quiritium vindicari, aut possideri potest: credo nec Paulum insicias, iurum fuisse ut & servus fructuarium, vel usufructus causa adiecta ex jure usufructus, vel usus possideri, aut vindicari possit. Quibus verbis aperte ostendit meo videri possessionem, quam habet usufructuarium, non esse naturalem, sed majorem esse naturali possessione: sed inter possessionem naturalem, & civilem non mediat alia species possessionis, quæ possit dici minor civili, & major naturali, quia possessio dividitur in has duas tantum species, naturalem scilicet & civilem, de quibus diximus supra hoc lib. cap. 2. num. 8. & etiam rectè Cujacius docuit præter has species nullam aliam esse lib. 9. observat. cap. 33. ergo possessio usufructuarij civilis possessio est. Hoc sensum reperies etiam apud Vacon. lib. 2. de cl. 38. num. 45. Cujacius in dict. lib. observat. cap. 33. in fin. hæc scripsit: Solus enim dominus possessor est, & possidet per fructuarium: neque alia ratione dicitur, retentionem usufructus esse speciem traditionis, quàm quod qui retinet usufructum, desinat sibi, & incipiat alij, possidere, & l. naturaliter ff. de acquir. poss. Ulpianus ait, naturaliter videtur, quod verbum est adverbium

Id est

id est fidei: neque enim omnis, qui videtur possidere, etiam possidet, ut debitor pignus possidet, & usufructuarium non possidet, tamen quia rei emolumentum ad eum pertinet, quæ res efficit, ut in plerisque partibus juris etiam pro domino habeatur, interdicitur ei possessoria accommodantur, quæ cæteris, qui sunt in possessione non accommodantur. Idem lib. 18. observat. cap. 24. in prim. paulò limitatiùs, hæc tradit: Fructuarium possidet naturaliter propter usumfructum, non dominum, sed usufructus jure; & jus utendi fruendi potius quam fundum l. acquiritur 10. §. ultim. ff. de acquir. rer. domin. l. 1. §. quod ait ff. quod legator. & quasi possidet igitur potius quàm possidet, l. ait prætor §. 1. ff. ex quib. cau. majior. l. 3. §. pen. ff. de vi, & vi armatis, fundum autem fructuarium possidet, alij, non sibi; jus fruendi sibi. Ne igitur dicamus fructuarium fundum possidere naturaliter, dominum civiliter, quia ejusdem rei duo possessores insolitum esse non possunt. Denique cominus solus fundum in quo alter usumfructum habet, possidet per eum: & aliud est possidere, aliud alieno nomine possidere, l. quod meo 18. ff. de acquir. poss. Creditor autem corporale pignus possidet naturaliter jure pignoris, l. 3. §. ultim. ff. ad exhibend. quia à debitore possessio dimissa, & in eum translata est, cum ex sortis §. 1. ff. de pignor. action. ita tamen ut per eum debitor possideat, & usufructuarium quando vivit; nec sibi, suoque nomine creditor, nisi post mortem debitoris, l. pignori ff. de usufructu l. 7. §. sed cum illud C. de præsc. trig. vel quadrag. ann. Connan. lib. 3. cap. 10. num. 2. Alciat. in l. 1. ff. de acquir. poss. num. 42. & sequent. Donell. dict. lib. 5. comment. cap. 6. Oluvald. ibi liter. M. & N. Vacon. lib. 2. declaratio. declarat. 38. num. 4. & declarat. 39. num. 8. licet variis explicandi modis à Doctorum explicationis genere multum distet, Anton. Fab. lib. 8. coniect. cap. 5. circa fin. & alij Doctores passim; ita & Gothofred. in l. permisceri penultim. ff. de acquir. poss. indistinctè affirmant fructuarium, & similes, sibi, suoque nomine non possidere, per l. 1. §. per eum 8. ff. de acquir. poss. l. Celsus §. 1. ff. ad exhibend. l. certe 6. §. is qui 2. ff. de precar. l. 1. C. comm. de usufructu l. communi 7. §. neque 11. ff. comm. divid.

Sed ista non sunt tanti ponderis, ut nos cogant divedere à sententia illa, quam verissimam esse affirmavimus, scilicet quod usufructuarium, creditor pignoratitius precario rogans, & similes sibi suoque nomine tam civiliter, quàm naturaliter possideant sui juris respectu, & cogitatione, sibi rem ipsam tenendo. Primum enim illud quod aiunt, solum proprietarium, id est dominium possidere, itemque duos, vel plures insolitum unam, & eandem rem, uno eodemque tempore non posse possidere, commentitium, & falsum est, ut infra cap. 10. apertissimè docebimus, ubi inter Proculeianos, & Sabinianos circa hanc rem, & quætionem nullum fuisse dissensum, & vulgò creditur, demonstrabimus. Ulterius licet verbum videtur, aliquando denotet impropriam, ut in l. apud. 3. §. ult. ff. quibus ex caus. in possess. est. ibi: Videtur impubes contrahere cum adit hereditatem: ita & in l. sequent. sed & is, qui miscuit se, contrahere videtur, l. seriniarios 16. C. de testam. milit. l. 1. §. 1. ff. ad S. C. Turpili. Gothofredus in dict. l. seriniarios. Joan. Daut. de testam. num. 114. Frideric. Mindan. de acquir. poss. cap. 3. num. 9. Raynald. Corfius lib. 1. indagat. jur. cap. 12. tamen in l. naturaliter 12. ff. de acquir. poss. non accipitur fidei, sicut affirmant ex antiquis aliqui ut attestat ibi Bartolus, sed assertivè ponitur, ut eidem Bartolo, & Accursio placuit, sicut in aliis plurimis juris partibus pro affirmatione categorice Hieron. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

ca usurpatur, ut in dict. l. 3. §. ultim. & l. sequent. ff. ex quibus caus. in possess. est. l. Titio 7. §. Titio genero 3. ff. de cond. & demonstrat. l. quid tamen 21. §. si arbitrio §. possidere §. institut. de interd. l. si filia 20. §. si pater 1. ff. famil. ercise. l. 1. §. per hanc 2. in fin. ff. de rei vindicat. Raynald. Corfius dict. lib. 1. cap. 12. Frideric. Mindan. dict. num. 9. Bald. in rubric. extra de præscrip. vide quæ diximus supra lib. 1. cap. 8. num. 5. Amplius, fructuarium fundum, in quo habet usumfructum, possidet; non jure dominij a quia dominio caret; sed jure usufructus incumbendo juri utendi fruendi: itaque ipsum fundum, ipsamque usufructus usum naturaliter, & civiliter, verè & propriè fructuarium possidet, animo sanè non domini, sed usufructuarij: Undè hæc propositio, cuius usus apud interpretes frequentissimus est, ineptè concipitur; puta, non possidet animo, & jure domini: ergo sibi non possidet, l. 1. §. interdicitum 6. ff. ut possideat. ibi: Interdictum autem possessorem prædij tuetur, vide quæ scripsimus hoc cap. num. 2. Præterea, ut ipse Cujacius dict. lib. 18. observat. cap. 34. profitetur; creditor pignoratitius non animo, & cogitatione domini, sed jure pignoris rem pignoratam tenet; & nihilominus verè, & naturaliter possidet pignus: idque non tantum ad effectum exhibendi, dict. l. in hac actione §. final. ff. ad exhibend. quia & cum eo apud quem res deposita, vel cui commodata, vel locata est, agi ad exhibendum potest, nam & cum eo 4. eod. tit. sed etiam tam propriè, & jure possidet ad alios verè possessionis effectus, ut debitor solam proprietatem retinendo possessionem suam naturalem, quæ non ficta, vel impropria, sed vera, & propria fuit, in creditorem transferat, aded ut ante lutionem, vel restitutionem pignoris debitor ipsa sua re, ejusque possessione etiam precario, & pro conducto utatur, l. cum sortis 3. §. 1. ff. de pignor. action. d. l. certe 6. §. fin. ff. precar. ibi: Quæstum est, si quis rem suam pignori mihi dederit, & precario rogaverit, an hoc interdicitum locum habeat? Quæstio in eo est, ut precarium consistere rei suæ possit? Mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogatur, non proprietatis: Et est hæc sententia etiam utilissima, quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt, & debet consistere precarium.

Itaque tantum abest, ut proprietatis dominus per creditorem, usufructuarium, precario rogantem, & cæteros, quos super. cap. enumeravimus, possidere videatur, ut ipse dominus in re pignorata, vel fructuaria, vel conducta, pro colono, & inquilino sit: & hoc aded verum est, ut per dominum ipsum creditor, & fructuarium potius è converso possidere dicatur: audi Martianum Jurisconsultum in l. res pignori 37. ff. de acquir. poss. hæc adjicientem: Res pignori nomine data, & possessione tradita deinde à creditore conducta; convenit, ut is, qui hypothecam dedisset pro colono in agro, adibus autem pro inquilino sui; per eos creditor possidere videatur, ubi verbum convenit brevi pronuntiandum esse, & accipiendum pro consequens, vel conveniens est, ut in dict. l. malè 2. C. de præsc. trig. vel quadrag. annor. l. denique 10. ff. de jure fisco. l. damni 30. §. 1. in fin. l. nam si 37. in fin. l. quod 47. Digest. de damn. infect. docet Frideric. Mindan. de acquirend. possess. capite 3. numero 12. Expressior hujus rei testis est Jurisconsultus Paulus in leg. si pignori 37. Digestis de pignor. action. cuius in hanc quætionem hæc sunt verba: Si pignus mihi traditum locasset domino, per locatorem retineo possessionem: quia antiquam

anquam conduceret debitor, non fuerit ejus possessor; cum & animus mihi retinendi sit, & conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. Accedunt etiam alij textus, quibus nostra sententia apertissimè probatur, de creditore pignoratitio extat text. in l. scientia 1. §. 6. creditorum 2. ff. qui sacra cogant. ubi Macer Jurisconsultus tradit, creditores habere possessionem, non modo si traditam eam sibi adhuc habeant, sed etiam precario debitori concessam. De sequestro apertissimus est Jurisconsultus Julianus in l. interesse 39. ff. de acquirend. possess. & Florentinus in l. licet 17. §. 1. ff. de depositi. De usufructuario apertissimè conveniunt quæ Ulpianus scribit in l. arboribus 1. §. usufructuarius 2. ff. de usufruct. his verbis: *Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alij fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest: nãm & qui locat, utitur, sed est alij precario conce- dit; vel donat; puto eum uti, atque idem retineri usufructum.* Manifestus etiam est Scævola's sensus, in dist. l. usufructuarius 2. ff. quem admodum servit. amittant. & Ulpiani in dist. l. ultim. ff. uti possidetis ff. eodem titul. ibi: *Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se crediderit.* Ulpianus etiam in l. uti frui 5. ff. si usufruct. per. ut, hæc scribit: *Quod si forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis usufructuarius jus utendi non habeat, vincet tamen in jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant:* Ubi notari debent verba, *Quamvis usufructuarius jus utendi non habeat*: ex quibus colligitur, quod si jus utendi habuisset, jure possessoris non solum extraneos, sed etiam dominum rei excluderet: suo vero jure uti servitute, vel aliqua qualibet re nemo potest, nisi qui sibi scòque nomine & non alterius possidet, ut discretè reprehendens Cujacium docet Frideric. Mindan. de acquir. possess. dist. cap. 3. numero 14.

¶ Nunc non sine magna ejus veneratione rogare desidero Doctissimum virum D.D. Melchiorum de Valentia, quare cum credidisset, & scitissimè nos nos docuisset, creditorem pignoratitium, & precario rogantem sibi possidere, & suo nomine tam civiliter, quam naturaliter supradictis in locis demonstrasset; id ipsum non admisisset in fructuario? Nam creditor pignoratitius, & precario rogans nihil aliud habent, quam tenere rem sibi suòque nomine incumbendo unumquodque proprio suo juri; creditor, juri pignoris; precario rogans, juri precarij, nullum habentes neque jus, neque cogitationem domini, l. si servus 21. §. 1. ff. de noval. action. quod expressè traditur in l. pignori 1. §. 3. ff. de usufruct. dum rem pignoratam pro alieno possideri ibi docetur. Quod idem reperitur in fructuario, qui incumbendo juri usufructus, non domini, sibi suòque nomine possideat, ut expressè docetur, in dist. l. usufructuarius 2. ff. quem admodum servit. amittant. Nam ratio superior in usufructuario ad id fatendum nos urgere videatur, cum de usufructu passim dicatur partem domini esse, l. usufructus 4. ff. de usufruct. de cujus intelligentia, & eorum textuum quos congestimus supra lib. 2. cap. 10. n. 5. vide Christophorum Besoldum in delibatis juris lib. 5. pandect. quest. 6. & lib. 7. quest. 3. & de pignore, vel precario nihil tale ullo casu scriptam reperitur: quo sine dubio appareret, minus juris esse in pignore, vel precario, quam in usufructu, cum iste speciem quandam domini præferat: illa vero nihil domini participare queant. Neque quicquam facit argumentum quod ipse Valentia contra sententiam nostram conficit, ex l. per. ff. de acquir. possess. dist. l. ult. cap. 2. numero 44. hoc modo. Neque usufructus alterius

possessionem impedit, neque alterius possessio obstat juri utendi fruendi: idèque potest apud unum esse possessio, apud alteram vero usufructus, ut accidit etiam in specie textus in l. Celsus 5. §. 1. in fin. ff. ad exhibend. atqui usufructuarius veram aliquam possessionem haberet, impediret uti que, quominus alter possideret, cum constet duos possidere non posse, nequidem diversis possessionum generibus, l. possideri 3. §. ex contrario 5. ff. de acquir. possess. ergo fructuarius, & similes nullo modo possident: quod etiam verum esse crediderunt Connan, lib. 3. c. 111. cap. 10. Anton. Fab. in ration. ad dist. l. Celsus §. 1. & in l. communi 7. §. neque colonis 1. ff. comm. divid. & alij, quos supra retulimus n. 4. & 5.

Nam illa lex permisceri penultim non probat majorem propositionem: & quod ibi trañit Venuleius diversissimum est ab eo, quod Valentia intendit probare: dicit enim Consultus, quod ubi possessionis causa, sive negotium, & procellus (sic verba Venulei accipienda sunt, ut in Lunica Cass. de moment. possess. ubi causa, negotium, & litem ipsam significat; non ut Gothofredus interpretatur in dist. l. penultim. causas, id est titulos) agiatur; si causa proprietatis, vel usufructus utiliter, & commodè, & simultaneè ventilarum non possit; quod præcipue accidit, si alter possessionem, alter usufructum, vel dominium urgeat tunc permisceri causas istas non oportere; & sic accipiendam esse illam legem docet Fridericus Mindan. de acquir. possess. cap. 12. num. 15. Cujac. lib. 6. quest. Papin. in l. cum fundum 18. §. 1. ff. de vi, & vi armata: Vide quæ dicemus infra hoc lib. cap. 4. n. 8. & seqq. non vero ex eo deducitur, usufructuariam non possidere. Illud quoque, quod pro certo supponit ibidem, & passim refert, nempe quod fructuarij possessio, si aliqua esset, impediret alterius possessionem, quia duo in solidum possidere non possunt; falsum est: possunt enim duo, pluresve unam, & eandem rem, uno & eodem tempore tam civiliter, quam naturaliter possidere, ut ex professo docebimus infra hoc lib. cap. 10. ergo debuit D.D. Melchior de Valentia, & etiam alij supra enumerati edocere, quod sicut creditor possidet hypothecatam rem jure pignoris: sic etiam usufructuarius possideat rem, cujus usufructum habet, jure usufructus.

Uterius in hac quaestione argumento, quod ad rem non facere ait ipse Valentia dist. l. ult. 2. cap. 2. num. 10. eum urgebo, & forsitan convincam. Usufructuario interdictum unde vi, & interdictum uti possidetis competit, l. quod vi 3. §. penultim. ff. de vi, & vi armata l. ultim. ff. uti possidetis: Quæ quidem interdicta certum est non concedi nisi veris possessoribus, qui civilem, & naturalem habent possessionem: & idè commodatarij, depositarij, & alij similes, quorum detentatio non extenditur usque ad civilem possessionem, hæc interdicta non habent, l. officium 9. ff. de rei vindicat. l. 1. §. ejectionis 9. §. quod servus 22. cum seq. ff. de vi, & vi arm. l. si duo 3. §. creditores 8. ff. uti possidetis: Ergo necesse est, ut fateamur usufructuariam, cui dantur hæc interdicta sibi, & suo nomine possidere, & non domino, & nomine domini, ut ferè apud omnes interpretes quasi ex h. de creditur. Ipse D.D. Melchior de Valentia supradicto argumento sic responderet usufructuario interdictum dari, non ad possessionem fundi retinendam, vel recuperandam, sed ad ipsam usufructus possessionem; quia hæc fundum domino possideat, & non sibi usufructum tamen sibi possideat, & non domino. Sed contra hanc solutionem objiciet: hæc interdicta non cõpetunt nisi possessoribus soli, vel rei, quæ solo cohereret, l. 1. §. hoc interdictum 3. ibi: *Et ad eos tantum, qui*

qui de solo deiciuntur, ut puta de fundo, sive de edificio ad alium autem non pertinet & §. seq. ibi: *Et generaliter ad omnes hæc pertinet interdictum, qui de re solo coherenti deiciuntur, ff. de vi & vi armata l. 1. §. 1. & §. 8. ff. uti possidetis §. retinende 4. versic. sed interdicto insit. de interdict. ibi: *Sed interdicto quidem uti possidetis de fructu, vel adium possessione contenditur: ut ubi vero interdicto de rerum mobiliarum possessione: sed quis unquam dixit, usufructum esse solum, cum res incorporalis sit princ. insit. de reb. corporatib. & incorporatib. l. 1. §. quedam 1. ff. de divis. rer. & qualit. neque solo coherere, cum sit servitus personalis personæ ipsi coherens, l. 1. ff. de servit. l. unus 34. ff. de servit. rusticor. prædior. l. si Titio 33. §. 1. in fin. ff. de usufr. l. interdum 10. ff. de usufr. accresc.* Ergo fructuarius ut habere possit hæc interdicta, à possessione ipsius fundi ejici debet, & ipsum fundum possidere, vel aliquid, quod fundo cohereret, ut sunt omnes servitutes prædiales: nam nemo potest ejici à servitute, quæ sibi ipsi, qui ejicitur, coheret: hoc enim esset se ipsum à se ipso ejici: quod quàm ridiculum sit, manifestè apparet: nam ubicumque ejectionis irret, secum refertur id, quod sibi inhaeret: ergo usufructuarius ipsam rem, in qua usufructum habet, sibi & suo nomine possidet, non domino proprietatis, neque ejus nomine, cum ad recuperandam possessionem fructuario ipsi competant hæc interdicta, quæ possessoribus soli tantum competere possunt: alioquin si soli possessio esset apud alterum, & non apud usufructuariam, alteri & non usufructuario hæc interdicta præstarentur.*

¶ Et ad id firma est hæc nostra sententia, ut ea ipsa fundamenta, quæ contra ipsam superius retulimus, vel alia similia, quæ afferri possunt; aut pro ea faciant, eamque confirmet, vel plane sit omnino à proposito aliena, aut explicata facillima: Pro nostra opinione facit text. in l. Celsus 5. §. 1. ff. ad exhibend. ubi expressè dicitur usufructuarius rem ipsam tenere nomine usufructus, ibi: *Sed & eum qui usufructus nomine rem tenet: ille autem usufructus nomine possidet: ergo & suo nomine rem tenet.* Neque obstat quod additur postea: *quamvis nec hic utique possideat*, id enim ibi & in similibus intelligendum est, quod non possideat affectione domini, ut docuimus hoc cap. num. 2. & 3. Pro eadem sententia facit etiam text. in l. 1. C. comm. de usufructib. nam cum ibi qui rem conducto saltem tenent, non sibi, sed domino rei possidere dicantur; tacitè demonstratur illos, qui suo jure rem tenent, sibi possidere. Facit etiam, l. quod meo 18. ff. de acquir. possess. ibi: *Quod meo nomine possideo; possunt aliter nomine possidere: neque enim nullo mihi causam possessionis, sed desino possidere, & alium possessorem ministerio meo facio: neque idem est possidere, & alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur: sed fructuarius suo nomine possidet, l. fructuarius 21. ff. quem admodum servit. amittant. ergo sibi ipsi possidet, non domino fundi. Sic proprietarius possessionem suam naturalem transfert in creditorem, vel fructuariam: & postea precarij, vel conducti titulo creditoris nomine possidet, ut ex l. res pignori 17. ff. de acquir. possess. & l. si pignus 37. ff. de pign. alt. docuimus supra hoc cap. num. 7. Sic fructuarius potest usufructum vendere, cujus usum suo nomine tenebat, & postea precario vel conducto fructuariam rem alieno nomine possidere. Frider. Mindan. de acquir. possess. cap. 3. num. 15.*

¶ Proposito aliena, vel explicata facillima sunt, quod

non modo per nos me ipsos, sed etiam per eum, in quo usufructum habemus, possidere dicamur, l. 1. §. per eum 8. & similib. Valentia dist. tract. 2. cap. 9. ad dist. §. per eum: item per servos, & colonos, l. possideri §. ceterum 1. l. si id quod 25. §. 1. ff. eod. tit. item quod non modo per colonum, & similes, sed etiam per fructuarij servitute, vel aliud jus retineamus, l. usus 20. ff. quem admodum servit. amittant. item quod pignus, & rem fructuariam pro alieno possideamus, pignori 1. §. ff. de usufruct. nam ex his omnibus non sequitur fructuariam, & similes alteri, & non sibi, alterius, & non suo nomine possidere: aliud enim est pro alieno possidere, aliud sibi, vel alteri, aut suo vel alieno nomine possidere: pro alieno enim possidet, quisquis scit rem illam; quam possidet, esse alienam; non tamen ex eo sequitur, quod sibi non possideat: creditor enim pignoratitius, & fructuarius (ut demonstravimus supra cap. 3. & etiam passim hoc cap.) suo nomine, sibi que possident, est pro alieno possideant: nam pro alieno possidere est, non possidere affectione domini ad excludendam in simili possessore usufructuariam, l. pignoris 13. ff. de usufruct. non tamen ad excludendam ipsam possessionem, quam habent etiam, qui animum domini nequeunt habere. Deinde proprietarius retinet per fructuarij ipsum jus non quod ipse proprietarius eam, quam in usufructuariam transtulit, possessionem habeant, ut scripsimus circa creditorem pignoratitium supra hoc cap. num. 2. & seqq. sed quod finitus quandoque usufructus cum proprietate consolidatur §. si servus 3. insit. de usufr. l. 1. §. ult. ff. de usufr. accresc. & quod soluta pecunia pignus in pristinam causam restituitur, l. debitor 40. §. ult. Frideric. Mindan. dist. tit. de acquir. possess. cap. 3. num. 16.

Denique aliud est habere quis in aliquo usufructum, aliud fructuariam esse usufructum enim quis habere potest, quin ille usufructus, quo utitur, servitus sit, sed tantam emolumentum fructuum, & facultas percipiendi fructus concessa sine constitutione servitatis usufructus argum. text. in l. 1. ff. de usufr. legat. nam dominio rei sue inest etiam usufructus: dominus enim utitur, & fruitur fructibus fundi jure domini, & non jure servitatis: de quo usufructu agitur in l. si ita stipulatus 126. §. 1. ff. de verb. obligat. l. Mevius 66. §. fundo 6. ff. de legat. 2. sed tamen ille usufructus non est servitus, l. uti fructus 5. ff. si usufruct. petat. l. in re 26. ff. de servit. urban. præd. §. si cui 9. insit. de legat. l. cum esset 33. in fin. ff. de servit. rusticor. prædior. l. cum in fundo 78. ff. de jur. dot. Donel. lib. 10. comm. jur. civil. cap. 2. & Osvald. ibid. liter. E. Sed emolumentum tantum rei propriæ, quod rectè vocatur usufructus. Fructuariam vero id esse, est habere jure servitatis constitutum usum fructum: Itaque quicumque fructuarius sit, habet præcisè usufructum: non è contra quicumque usufructum habet, præcisè fructuarius est. Unde certum est dictam l. 1. §. per eum 8. ff. de acquir. possess. loqui de eo, qui usufructum habet; id est facultatem percipiendi fructus sine servitute usufructus. Itaque nequit oblatere sententiæ, quæ docemus fructuariam civiliter, & naturaliter possidere rem, cujus usufructum habet jure servitatis constitutum. Vel si mavis dicere in dist. §. per eum. loqui de usufructuario, eum poteris ex ipsa comparatione, quæ ibi fit de filio, elegantissimè interpretari hoc modo: sicut verum est non possedici abibitute à nobis filium familias possideri, & in dominio nostro esse: sic etiam verum esse, quod potest dici servum, cujus usufructum habemus à nobis non possideri.

possideri jure domini, quia sicut absolute non sumus domini filiorum, ac per consequens jure domini absolute eum possidere non possumus: eodem modo usufructuarius non est dominus fundi usufructus, neque absolute eum ut dominus possidere potest: sicut verò dicitur, filium familiam jure patrie potestatis per nos possideri, & quasi jure domini in nostra potestate esse, ac in dominio, ita ut amissa ejus possessione possumus eum adjecta causa jure Quiritium vindicare l. 1. §. per hanc actionem 2. in fin. ff. de rei vindic. sic etiam servum, cujus usufructum habemus, jure usufructus possideamus, & adjecto eo jure vindicemus: & hæc videtur elegantior interpretatio ad dict. §. per eam, quam illa quæ traditur à doctissimo viro D. D. Melchior de Valentia dict. tract. 2. cap. 9. num. 13. Ex quibus etiam certissimum est tunc per servos, colonos, & alios, qui nostro nomine rem tenent, vel in possessione sunt, nos possidere dict. l. si id quod §. 1. & l. possideri 3. §. ceterum 12. ff. de acquir. possess. sed quod per eos, qui sibi suoque nomine possident, quales sunt usufructuarius, creditor pignoratitius, precario rogans, & ceteri, quos retulimus in cap. præced. tantum ab est, ut nos possideamus: ut potius nos possessionem, quam in eos transtulimus, durante causa prorsus amiserimus; & quod per eos possidere dicamur, nullum qui id probet, juris locum existere puto: causam enim possidendi à nobis habent, quam propterea nisi intervertant, sibi mutare non possunt, l. possideri 3. §. illud 19. l. quod meo 18. l. qui bona 19. §. 1. ff. de acquir. possess. l. cum nemo 5. C. eod. tit. l. certis 6. §. Julianus 3. ff. de precar. l. non solum 3. §. 1. ff. de usufructu. l. qui legatorum 2. §. quod vulgo 1. ff. pro herede. sed possessionem istam causam suo nomine, sibi que habent, ita ut nos ea destituamur, ut rectè docet Frideric. Mindan. dict. cap. 3. num. 16. in fin.

24 Respondeamus etiam uno illi loco, quem affert Cujacius dict. lib. 9. observat. cap. 24. ex dict. l. cum noiffimi 7. §. sed cum illud 2. C. de prescript. trig. vel quadrag. ann. cui etiam conjungi possunt alia duo juris loca, quæ adversariis contra nostram sententiam negotium facere possunt: illa quidem extant in l. male 2. C. eod. tit. & in l. qui pignoris 36. ff. de acquir. possess. In §. sed cum illud dicitur, quod vivente debitore communi contra anteriorem creditorem jus pignoris non præferat posterior creditor, qui fortè per triginta annos hypothecam possedit; eà ratione, quod iste posterior creditor imaginem debitoris obtinuerit, eique possederit, ut potè possessione apud ipsum debitorem per posteriorem creditorem constituta: & tunc solum posteriorem creditorem videatur incipere, sibi suoque nomine possidere, cum debitor decesserit, Imperatoris Justiniani verba sunt hæc: Sed cum illud etiam in forensibus controversis ventilabatur, an creditor anteriora jura præcedens potest posteriorem creditorem, hypothecam tenentem etiam ultra triginta annos inquietare, ut pote imaginem debitoris obtinentem, eique possidentem: necessarium duximus & hoc dirimere: & sancimus, donec communis debitor vivit, non posse creditori anteriori triginta annorum exceptionem opponi, sed locum esse quadraginta annorum prescriptioni, quia dum ille vivit, merito anterior creditor confidit, ut potè apud debitorem ejus possessione per posteriorem creditorem constituta. Et in dict. l. male similiter attestat, quod precario possidentes non sibi, sed aliis possideant: ibi: Male agitur cum dominis prediorum, si tanta precario possidentibus, prærogativa deferitur, ut eos per quadra-

ginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietari non licet; cum lex Constantiana jubeat ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius, quam alteri possederunt: eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant prestare mercedem. In quibus verbis glossa attestatur, quod non solum colonus, sed etiam emphyteuta intelligatur: & in dict. l. qui pignoris, inquit Julianus, qui pignoris causa fundum creditori tradidit, intelligitur possideret ergo creditor pignoratitius precario rogans, & emphyteuta non sibi, sed alij possident.

Sed jura hæc ex his, quæ diximus supra hoc cap. 1. §. num. 2. & seq. facillimo negotio dissolvuntur; videlicet quod creditor pignus, fructuarius & emphyteuta fundum, & ceteri, de quibus passim tractamus, sibi suoque nomine non possideant bona fide, & affectione domini ad civiles præscriptionis effectus contra ipsum dominum, cum tamen alias jure pignoris, jure usufructus, vel usus &c. rectè possideant ad producendos alios effectus civiles præter præscriptionem, in qua non sufficit, ut quis possideat, etiam si illa possessio justa sit, sed necessariò requiritur, ut bona fide possideat credens illam rem, quam possidet, suam esse princ. instit. de usufructu. l. si servus 22. §. 1. ff. de noxalib. action. l. qui à quolibet 27. ff. de contrab. empr. l. qui fundum 7. §. qui bona 4. & seq. ff. pro empr. quia per usucapionem plenum jus domini acquiritur ex eo, quod possessor credidit, à principio illud habuisse, l. Julianus 17. §. in fin. ff. de rei vindic. & sic interpretatur dict. §. sed cum illud D. D. Melchior de Valentia dict. tract. 2. cap. 11. num. 15. Unde traditur, & translata possessionis verè possessores sunt fructuarius, creditor pignoratitius, & similes: cum illam, quæ proprietarius amiserit possessionem, eis tradendo eam, sibi suoque nomine verè possideant, ut passim hoc cap. demonstravimus, ad eò ut ipso dominus translata hanc, & amissam pignoris, vel rei fructuarie possessionem non recuperet nisi facta solutione, & postea restituta re, l. si debitor 40. §. ult. ff. de pignor. action. seu consolidatione interveniente aut usucapione adimpleta, d. l. qui pignoris 36. quæ lex apertissimè probat responsionem nostram, dum illum, qui pignus tradidit, intelligi possidere ibi dicitur, ita tamen ut & creditoris possessionem constituat, quam ipse debitor iterum precario rogare, vel usucapere valeat. Quæ duæ possessiones nulla alia ratione intelliguntur, & expediuntur, quam quod debitor & creditor sibi suoque nomine: ille animo domini, & jure domini; hic verò animo creditoris, & jure pignoris rem pignoratam possideant: & uterque civiliter, cum creditor suo juri non minus quam ipse dominus suo incumbat: quod maxime notandum est.

Sed creditor pignoratitius naturaliter pignus possidet, etiam si illud iterum precario dederit debitori, ut diximus supra hoc cap. num. 7. nisi fortè debitor usucapione jam perfecta naturalem possessionem intervertat creditori dict. l. qui pignoris 36. quemadmodum eadem ratione & creditor debitorum suum nudare potest civili (sua, qua jure domini incumbit, possessione, ut Sabinus inquit apud Gellium lib. 11. in fin. ad quod non sufficit, ut interveniat sola animi destinatio, sed necesse est, ut factum aliquod aut ventionis, vel aliquid aliud interveniat, per text. in l. quamvis 32. §. 1. ff. de acquir. possess. ibi: Si conditor rem vendidit, & eam ab emptore conduxit, & utriusque merces præstitit, prior locator possessionem

possidem per eo idcirco rectissime retinet: si igitur merces non locatori, sed emptori tantum solvatur, tunc Paulus ibi concludere videtur, quod locatori potest per venditorem intervertat interveniente ventione: & sic colligit etiam Cujacius in paratit. ad dict. tit. in fin. V. con. lib. 2. declarat. 34. num. 1. Idem & in emphyteuti procedere, si ad extraneum perveniat, ex Baldo docet Petrus Frideric. Mindan. dict. cap. num. 19. Et eodem modo etiam fructuarius, emphyteuta & alij ipsam dominium præferre possunt contra dominum; ut puta, si factò aliquo habili interveniente, & animo, & affectione domini rem possidere incipiant; tunc enim omni possessione is, qui antea dominus erat, exiit, & in omni possessionis causa plus juris habere incipit emphyteuta, vel qui precario rogavit, aut pignus accepit, quam dominus, qui emittit non possidet, ut ait text. in dict. l. qui pignoris 36. ff. de acquir. possess. & facit text. in l. qui bona 19. §. 1. eodem tit. ut rectissime docet dictus Frideric. Mindan. dict. tit. & cap. num. 19.

27 Denique quod fructuarius, creditor, emphyteuta, & ceteri sibi suoque nomine possideant rem, convincitur ex eo, quod in locis propriis eorum, qui non suos, sed alieno nomine possident, & per eos ipsi possidemus, restrictive de colonis saltem inquilinis, & conditoribus, &c. loquatur sub particula perimque limitantibus, & includitis, quales, & vultu, ut possidere autem videatur quisque, non solum si ipse possideat, sed si ejus nomine aliquis in possessione sit, qualis est colonus, & inquilinus; per eos quoque, apud quos depositimus, possidemus, §. possidere 5. instit. de interditi. l. communi 7. §. neque colonis 11. & ibi Gothofredus ff. de comm. dividi. Quo etiam facit, ut fructuarius, & similibus competant interditi, quæ veris possessoribus tanquam juris detentoribus solent competere, licet colonis, depositariis, & aliis similibus sibi non possidentibus denegentur, cum illa competant his solis quorum nomine sint in possessione, dict. l. officium 9. ff. de rei vindic. l. si duo 3. §. creditores 7. ff. uti possidetis, l. 1. §. quod servus 2. ff. de vi, & vi armata: nisi quod & colonis, commodatariis, & similibus officio judicis ex æquitate subvenitur, ut jus suæ detentionis defendere, ac tueri possint: quod cum Mynsingerio in dict. possideri n. 11. testatur Frideric. Mindan. d. cap. 3. num. 20.

28 Neque obstat nostræ sententiæ textus in l. 1. §. in ff. de nou. oper. nunciat. quem opponit Mynsingerius in dict. §. possideri num. 4. ubi de fructuario dicitur, quod procuratori quidem non suo nomine opus novum possit nunciare: nam id intelligendum est ratione proprietatis, cujus respectu nullum jus habet ad nunciandum: si verò ratione sui juris, quod si habet, & ejus respectu sibi suoque nomine rem possidet, velit opus novum nunciare, id facere poterit per text. in l. 1. §. uti igitur 4. l. ultim. ff. uti possidetis. Et ex eo intelligitur, dict. l. 1. §. in ff. de oper. nou. nunciat. ubi agitur de vindicando usufructu propter proprium jus usufructus, non posse usufructuario denegari facultatem operis nunciandi: eaque ipsa ratione, & non majori competit creditori pignoratitio nunciatio hæc l. creditori 9. eodem tit. Quæ quidem interpretatio suavis conciliat hanc legem cum leg. 2. d. tit. & l. unica §. item 4. ff. de remissionib. quàm ea quæ affertur à Guilielmo Masio singular. opinion. lib. 4. cap. 17. per tot. quem etiam vide in cap. seqq.

29 Neque doctissimus vir D. D. Melchior de Valentia lib. 2. illustrat. tract. 1. cap. 5. num. 21. & seqq. feliciter

existit, dum in componenda contrarietate textus in dict. l. unica, §. item ff. de remissionib. cum leg. 1. ff. de usufruct. per tot. vel ad alium per tot. negat. & cum dict. leg. 1. §. ultim. ff. de oper. nou. nunciat. affirmet usufructuario dari utilem vindicationem, ac per consequens utilem novi operis nunciationem, & non directam: cum certum sit idem domino fundi dari directam novi operis nunciationem, quia habet dominium prædij, ob quod datur ei directa vindicatio, & similiter ob id directa novi operis nunciatio. Sed etiam usufructuarius habet dominium usufructus, & ejus dominus appellatur, in leg. in venditionem 8. ff. de rebus aut judic. possid. leg. si quis 11. §. usufructus 2. ff. de pignorat. action. & ibi Cujacius lib. 1. responsor. Papinian. (cui non opponitur Osuvald. lib. 10. comment. Donel. cap. 1. liter. F. & lib. 2. cap. 14. lit. B. dum dicit usufructuarius non esse dominum, quia ille agit de proprietate, cujus dominus non potest esse usufructuarius, & Cujacius tractat de ipso usufructu, cujus dominus nemo potest esse nisi usufructuarius:) ergo respectu domini usufructus quod usufructuarius habet, debet ei dari directa vindicatio usufructus, d. l. 1. d. si usufructuar. per tot. & per consequens directa novi operis nunciatio.

Uterius, quando alicui datur utilis actio propter aliquam causam, ex qua resultat etiam directa; hæc alicui alteri dari debet, juxta modum illum de quo egimus supra lib. 3. cap. 3. num. 3. vers. actiones utiles: Sed hæc actio directa respectu usufructus non potest dari domino nudæ proprietatis, quia nullum jus habet in usufructu, leg. si à reo 70. §. si à reo ff. de fidejussor. ergo vindicatio, simulque nunciatio directa, quæ faciendæ est respectu usufructus, ad usufructuarium, & non ad dominum proprietatis, præcisè pertinet, l. si Titio 9. ff. de usufruct. legat. Quæ in re fallitur etiam Marcus Lyclama lib. 3. membr. eglora 11. itemque Besold. in delib. jur. lib. 7. pand. quest. 6.

Ex quibus omnibus patet quàm rata, & vera sit sententia nostra, quæ tuetur usufructuarius, emphyteutam, vasallum, creditorem pignoratitium, precario rogantem, sequestrum, maritum in dote, qui contra leges accepit aliquid donatum, qui vi aut clam possidet, & quicumque servitute aliqua utitur, civiliter, & naturaliter possidere.

CAPUT V.

An fructuarius, & ceteri supra enumerati naturaliter tantum, an etiam civiliter possideant? Et quàm pessime civilis, & naturalis possessio ab Interpretibus definiatur. Item an possessio civilis, & etiam naturalis animo retineri, & justa esse queat?

SUMMARIUM.

1. Possessionis duplicem speciem, civilem & naturalem esse docetur.

Interpretes in his speciebus assignandis variasse ostenduntur.

Plurimi

Plurimi dicunt civilem possessionem esse, que animo; naturalem, qua corpore retinetur. Illud probant ex l. 1. §. fin. cum l. seq. ad exhibend. l. 7. §. 1. comm. divid. l. 1. §. 4. prec. l. 3. §. 10. de usur.

Illam opinionem, postquam eam illustravit, reiecit Valentinianus demonstratur.

2 Ipse Valentinianus credidit civilem possessionem esse justam; naturalem, injustam. Injustam possessionem, id est cum mala fide, justam cum bona conceptam interpretatur. Illam sententiam ex l. 3. §. 1. & 2. de acquirend. possess. l. 19. de precat. probari credit.

Alia juris ratio, & argumentum ab eo adductum refertur.

Possessionem coloni, & similitum, non continere speciem naturalis possessionis docet. Quando illos dicatur naturaliter possidere, quid sibi velint Consulti, tradit.

Adducit pro sua sententia text. in l. 33. §. 1. de ulucap.

Ab eodem adducuntur, & ponderantur l. 24. de acquir. possess. l. 1. §. 9. & 22 cum seq. de vi, & vi arm.

Cogitur ipse ex l. 1. §. fin. ad exhibend. l. 2. §. 1. pro hered. l. 38. §. 7. de verborum obligat. fieri illam facere speciem naturalis possessionis.

3 Illa Valentinianus non admittitur, & ad alium locum refutanda relinquatur.

Cujacius male putat civilem possessionem esse illam, qua cogitatione domini tenetur.

4 Proprietarium, fructuarium, creditorem pignoratitium, & similes, civiliter, & naturaliter possidere docetur.

Civilis, & naturalis possessionis definitio remissiva.

Illam probatur ex l. 49. §. 1. de acq. poss. l. 10. C. cod. l. 2. §. ult. de prec. l. 16. de ulucap. & aliis.

Vaconij sensus circa superiora refertur, & non probatur.

5 Ad eadem sententiam comprobendam dantur l. 4. l. 5. in princ. & §. 1. ad exhib.

Ponderantur etiam l. 19. §. 1. de acquir. possess. l. 2. §. 1. pro hered. & num. 8.

Amplius quam semel nemo auius rei dominus esse potest.

Quare in §. 4. Instit. de usufr. civilis simul & naturalis ratio exigatur ad constituendum usufructum.

6 Sententia de civili, & naturali possessione relata in num. 1. refutatur.

Non solum civilem, sed etiam naturalem possessionem animo retineri posse docetur.

Illam sententiam ex l. 3. §. 10. & sequent. l. 6. §. ult. l. 30. §. fin. l. 40. §. 1. de acquir. possess. l. 4. C. cod. l. 1. §. 4. §. de vi, & vi armat. probatur.

Ad illud ponderantur §. 5. Instit. de interd. l. 1. §. penult. l. 3. §. 1. 2. & 6. de acquirend. possess.

Species servitutis est cogi quemquam rebus suis semper adesse, & n. 8.

Fundamentum possessionis civilis esse possessionem naturalem docetur ex l. 3. §. 3. de acquir. possess.

Valentinianus sententia, afferentis civilem possessionem absque naturali acquiri posse, revocatur.

Ad id propositum ponderantur l. 6. §. fin. l. 2. §. fin. & l. 3. de acquirend. possessio.

Vaconium sui ipsius immemorem contraria circa hanc questionem scripsisse docetur.

8 Hanc sententiam probari ex l. 19. §. 1. de acquirend. possess. & ad quos illa extendatur, ostenditur.

Glosse sententia in d. §. 1. se ipsam corrigit, eaque refutatur.

An illud axioma dict. §. 1. loquatur etiam de his, qui naturaliter possident?

Redditur ratio, quare statutum fuit, ut possessio naturalis animo retinetur.

Explicatur in l. 1. §. 15. si quis testament. lib. esse iustit, verba quae facti est, & animi.

9 Nostram sententiam ex l. 1. §. 9. de vi, & vi arm. potius confirmari quam impugnari ostenditur, & n. seqq.

Circa d. §. varia opiniones referuntur, & rejiciuntur.

Dict. l. 1. §. 24. verba referuntur, & ponderantur.

10 Redditur vera explicatio dict. l. 1. §. 9.

Nostram sententiam Rogerium, & postea Covarruviam admisisse docetur.

11 Sententia Cujacii, quae refertur num. 3. relictis rationibus refutatur.

Modus argumentandi contra nostram sententiam notatur.

Quare usufructum partem dominij maximam esse, demonstratur.

Pro nostra sententia ponderatur, l. 1. de acquir. rer. dom.

Eadem lex cum leg. 29. de acquir. possession. cui directe opponitur, conciliatur.

An hanc ambynomia sit indissolubile?

12 Ratione actus, & insistentia unum tantum esse possessionis genus docetur.

Ratione qualitatum, & circumstantiarum plurima genera esse ex l. 3. §. 1. de acquir. possess. ostenditur.

Unde sumantur hac diversa genera possessionum traditur.

Quae dicantur possessionum causa, declarantur.

14 Naturalem possessionem puri, puri facti esse docetur.

Possessionem civilem e contra puri, puri juris esse ostenditur.

An, & quo respectu dici possit naturalem possessionem aliquid civilem habere: & civilem aliquid naturalem?

Interpretantur ea, quae Cujacius scripsit lib. 9. observat. cap. 24.

Redditur alia conciliatio l. 19. de acquir. possess. cum l. 1. de acquir. rer. dom.

In his, quae sunt meri juris naturalis, recte pupillus absque tutore agit.

16 Licet animo retineatur possessio civilis, illa tamen per naturalem explicatur.

Possessio naturalis vel animo simul, & corpore vel animo tantum retineri potest.

An in specie l. 13. §. 7. de acquir. possess. domino, qui precarium concessit interdita possessoria deunt?

An ille, qui precario concessit civilem, & naturalem possessionem, etiam illius rei possessor manere possit?

An aliquid absurdi habeat, ut duo, vel plures possideant eandem rem?

Circa superiora interpretum errores notantur, & refutantur.

16 Usufructuarius an ipsum fundum, an jus usufructus solum possideat?

Reprobatur cautela interpretum, quae pro interdicto retinenda possessionis, iraditur.

An una, eademque possessio quoad unos possit esse diversa, & quoad alios diversimode observari queat?

1 Possessionis duas esse species ostendimus supra cap. 2. num. 8. nempe civilem, & naturalem: sed quia in his speciebus explicandis varios inter se, & dissentientes habemus interpretes ferè omnes: quae sunt illae, statuum nobis est, post relatas aliquorum sententias. Plurimi, qui Bartolum sequuti sunt, incunctanter affirmarunt civilem possessionem eam esse, quam animo quis retinet: naturalem verò eam, cui corpori insititur. Quae opinio probari videtur; ex l. qui legatorum 2. §. 1. proher. ubi cum Julianus meminisset civilis, & naturalis possessionis: naturalis exemplum posuit in colono, depositario, & ceteris, qui rei tantum incumbunt, & non juri: sicut fecit Ulpianus in l. in hac actione 1. §. fin. & l. sequent. ff. ad exhibend. civilis ergo possessio illa erit, quam dominus animo retinet; juvat etiam quod praedicta personae dicuntur naturaliter possidere, l. communi 7. §. neque colonis ff. comm. divid. l. videamus, 8. §. si possessionem 10 ff. de usur. Ulterius facit etiam Pomponij responsum, in l. habet 15. §. enim qui 4. ff. de precar. ubi possessione rei precario concessa à duobus docemur eam rem possideri, quia alter ex his animo possessionem retinet, alter eam corpore nanciscitur ibi: Placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus est: penes eum, qui rogasset, qua possideat corpore: penes dominum, quia non discesserit animo possessionem. Quibus apparet diversas esse has possessionum species: alioquin enim neque secundum Trebatij, & Sabinianorum sententiam duo possent eandem rem possidere: cum id in diversis tantum possessionis speciebus evenire posse illi existimaverint. l. possideri 3. §. ex contrario 4. ff. de acquir. possess. l. & duo 19. ff. de precar. Et sic pro hac sententia argumentatur D. D. Melchior de Valentia illustrium tract. 2. cap. 3. num. 3. quam tamen postea rejicit, & merito facit etiam Petrus Frideric. Mindan. de acquirend. possession. capite 4. numero 5. & sequent. ubi refert multas glossas circa hanc rem subtilitates, seu (ut ipse ait) stoliditates: & nos etiam ad refutationem ipsius, sententiae scribemus plura infra hoc c. n. 6. & seqq.

2 Ipse D. D. Melchior de Valentia dict. loc. num. 6. amplectens sententiam Donelli, Connani, Antonij Fabri, & D. Gregorij Lopez de Madera locis supra cap. 2. num. 8. enumeratis, ait civilem possessionem esse justam, id est bona fide, & illa conscientia apprehensam; naturalem verò esse injustam, cum mala fide inchoatam: quam doctrinam veriosem esse ait, ut potè quae manifestis Pauli, & Juliani responsis apprimè nitatur, dict. l. possideri 3. §. ex contrario 5. & §. vel etiam 22. ff. de acquir. possess. dict. l. duo 19. ff. de precar. in quibus cum species possessionis Consulti referant; justam vel injustam bona, aut mala fide habitam proponunt. Juris ratione etiam hanc sententiam sic confirmat: nam cum possessionis species dici non possit, nisi illa, cui verè possessio definitio conveniat: naturalis illa coloni, & ceterorum insistentia speciem possessionis minimè con-

stituere valebit, cum non sibi, sed aliis possideant: Et ille possidere dicatur, cujus nomine possidetur, l. quod meo 18. ff. de acquir. possess. ideòque in illis nullam possessionis speciem locum habere rectè scripsisse Consultum in l. non solum 33. §. quod vulgo 1. ff. de usucapion. & quamvis praedicta personae naturaliter possidere dicantur, id ad factam tenendi referendum esse docet argum. text. in l. si quis 3. §. aperire 19. ff. ad S. C. Silan. l. in cause 16. §. idem Pomponius 4. ff. de minorib. l. item si pretio 22. §. fin. ff. locati, secundum interpretationem Antonij Fabri lib. 8. conjectur. cap. 5. & in jurispr. Papinian. tit. 2. princ. 2. in princip. & de error. pragmat. dec. 1. error. 7. numer. 6. non verò ad veram aliquam possessionis speciem. Quoties igitur Consulti naturalem possessionem tanquam diversam speciem à civili, vel civilem quasi distinctam à naturali constituunt; per civilem, justam; per naturalem, injustam significari, & colligi, ex l. quod servus 24. ff. de acquir. possess. quia ibi Labeonem civilem possessionem justam appellasse, & injustam appellatione naturalis, seu corporalis explicuisse tradit. Idem manifestè probari ait, ex l. 1. §. de jectur 9. & §. quod servus 22. cum §. seq. ff. de vi, & vi armat. quibus in locis cum Consultus scribat illum de jectur de possessione, qui possidet sive civiliter, sive naturaliter possideat: quia & naturalis possessio ad interdictum illud proficit: ideòque mulierem in re à marito donata interdictum habere, quamvis illius possessio injusta sit, adjicit colonum servum, & ceteros, qui alieno nomine possident interdicto unde vi experiri non posse: igitur non habent ullam neque naturalem quidem possessionem, quam ad interdictum proficere Consultus scripserat. Non tamen negamus (prosequitur Valentinianus) hanc detentionem, sive insistentiam à civili possessione aliquando distingui, ut in dict. l. in actione 3. §. fin. ff. ad exhibend. l. qui legatorum 2. §. 1. ff. pro herede, l. stipulatio ista 18. §. hac quoque 7. ff. de verborum obligation. verum illud non ea ratione contingit, quòd diversam speciem constituent Jurisconsulti, sed quia diversum quid. Haec Valentinianus ad comprobationem suae sententiae doctissime scripsit.

Sed neque ista explicatio specierum, civilis scilicet, & naturalis possessionis, nobis placere potest, ut apparebit ex his, quae postea dicemus cap. sequent. num. 2. & seqq. Neque illa alia, quae apud plures interpretes invaluit, nempe quòd civilis possessio vocetur illa, quae in jure consistit cogitatione, & affectione domini, per l. si servus 22. §. 1. ff. de noxal. action. l. penult. in C. de furt. Cujac. lib. 9. observat. cap. 33. Harm. Vultcius jurisprudent. capite 67. numero 15. & sic civilem possessionem definire omnes, qui sequuntur Cujacii interpretationes, & vestigia, refert Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possession. capite 4. num. 8. & seqq. usque ad numerum 11.

Itaque nè in referendis circa hanc questionem omnium opinionibus nimis grave, & inutile onus lectori imponamus, tenaciter tenendum est, non modò proprietarium, sed & fructuarium, & omnes eos, quos enumeravimus supra cap. 3. in princ. usque ad num. 6. non solum naturaliter, sed etiam civiliter possidere; & possessionem civilem, itèque naturalem nihil aliud esse, quàm quod à nobis superius definitum est hoc lib. cap. 2. num. 9. civilem scilicet, quae jure; naturalem, quae facto consistat: illic juri, hic rei, atque corpori incumbendo per textum in l. possessio 49. §. 1. ff. de acquir. possess. ibi: quia possessio non tam corporis, sed & juris est, nemo ambigit 10. ibi 1

ibi: Nemo ambigit possessionis duplitem esse rationem: aliam, que jure consistit; aliam, que corpore, C. de acquir. poss. l. ait praetor 2. §. ult. ibi: Habere praetor videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est, ff. de precar. Marc. Lycl. supradict. loc. eleganter. Quibus etiam definitio civilis possessionis tradita per Vaconium lib. 2. declarat. §. 5. num. 15. non multum differt, licet definitio possessionis naturalis ab eodem data d. lib. declarat. §. 4. in princ. nobis non ardeat. Et quod fructuarius, creditor pignoratitius, & similes civiliter possideant, probat glossa in l. ait praetor 2. §. item ei qui ex quib. cau. major. gloss. in l. plures 9. §. 1. ff. de vi, & vi armat. gloss. in l. fin. ff. uti possidetis, & text. in l. hac 3. §. fin. ff. ad exhibend. ubi Ulpianus: Sciendum est, inquit, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed & eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet, ubi de vera mente legis, & intelligentia omnes illi, de quibus diximus, civiliter possidere, & civiliter possessioni incumbere dicuntur: & id ipsum probat ibi glossa in verbo creditorem, dum ait, quod ibi possideat civiliter: pro quo etiam adducit textum in l. servi 16. ff. de usufructu, ubi creditorem ad omnes causas rem pignoratam possidere dicitur excepto usufructu jure.

55 Hoc idem probatur ex l. nam & 4. ff. ad exhibend. quae à Pomponio adjecta fuit superioris legis explanationis causa: Nam cum eo (inquit) apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest: quod idem est, ac si diceret Consultus, non tantum illi, qui civiliter possident rem, & proptio nomine tenent, ad exhibendum tenentur, ut puta creditor pignoratitius, proprietarius, fructuarius, precario rogans, & similes sibi rem detinentes; sed etiam illi, qui naturaliter solum, & alieno nomine rei incumbunt, quales sunt depositarius, commodatarius, conductor, & similes, qui non sibi, sed aliis possident, vel rei servandae gratia in possessione sunt, l. Celsus 5. in princ. & §. 1. dict. tit. argum. text. in l. officium 9. ff. de rei vindicatio. ubi possidere dicuntur non tantum naturaliter, sed etiam civiliter hi, quibus dantur interdicta uti possidetis, & utrius. Itaque alia causa, & ratio est commodatarii, inquilini, depositarii, & similibus; non enim possident, licet ad exhibendum, & ad restituendum teneantur; non possident, nempe civiliter sed merè naturaliter rem tenent alteri, non sibi; Petr. Frideric. Mindan, de acquir. posses. cap. 4. num. 13. Egregie etiam probatur praedicta sententia nostra scilicet quod fructuarius, creditor pignoratitius, & similes non solum naturaliter tantum sed etiam civiliter possideant, ex text. in l. qui bona 19. §. 1. ff. de acquir. posses. l. qui legatorum 2. §. quod vulgo 1. ff. pro herede, in quibus Martianus, & Julianus illud quod vulgo respondetur (inquit) causam possessionis neminem sibi mutare posse; sic accipiendum esse, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur: & propterea responsum est neque colonum, neque eum, apud quem res deposita lucri faciendi causa pro herede usufructu posse, ubi ex finalibus verbis, & ex illatione, quam Julianus deducit, constat civilem possessionem non tantum de domino rei, sed & etiam de fructuario, creditore pignoratitio, & similibus intelligi debere: si enim de istis non intelligeretur, ridenda foret propositio Juliani: nam agitur de illis, qui per usucapionem non possunt acquirere rem sibi, quia eis deficit bona fides; & prius dicitur, quod illi, qui causam possessionis civilis mutant causa ibi titulus appellatur, l. possideri 3. §. genera-

21. ff. de acquir. posses.) non possint possessione acquirere dominium per usucapionem: sed quatio, ubi agitur de acquirendo dominio, ei qui dominus est, pertinere nequit; quia amplius quam semel nemo rei dominus esse potest, l. & an eadem 14. §. actionis 2. ff. de except. rei judicat. §. sed si rem 10. instit. de legat. l. plane 34. §. sed si non corpus 3. l. si servus 108. §. Stichum 4. ff. de legat. 1. dict. l. possideri 3. §. ex pluribus 4. ff. de acquir. posses. l. inter stipulantem 83. §. si rem 6. ff. de verb. obligat. l. in perpetuum 61. ff. de solution. ergo praecise intelligi debet de ea possessione civili, quae competit non domino, veluti fructuario, creditori pignoratitio, precario roganti, & similibus: ergo istos civiliter & naturaliter possidere certum est. Unde manifestè apparet, juris peritissimum se principem gessisse Imperatorem Justinianum in §. constituitur, instit. de usufructu, dum ad constituendum usumfructum, civilem & naturalem rationem exigi dixisset ex ea causa, ut civiliter & naturaliter usufructuarius possidere queat rem, cujus usufructus ad eum pertinet. Et hoc argumento impugnat etiam alia opinio, quam supra hoc cap. num. 3. retulimus. Recta ergo est nostra sententia, qua docemus fructuarium, creditorem, & alios, de quibus supra egimus, non solum naturaliter, sed etiam civiliter possidere.

Suprà hoc cap. num. 1. adnotavimus aliam possessionis civilis acceptionem, nempe quod possessio civilis sit illa, quae animo retinetur: naturalis verò ea, quae corpore tantum tenetur: quae merito reprobanda est ex eo, quod non modò civilis, sed etiam naturalis, possessio animo retinetur, de utraque loquitur Jurisconsultus, Paulus in l. possideri 3. §. si servus 10. & §. seq. l. qui universas 30. §. final. Ulpian. in l. clam. 6. §. ult. Julian. in l. si de eo 40. §. 1. ff. de acquir. posses. l. 1. §. quod vulgo 2. §. ff. de vi & vi armat. l. licet 4. C. de acquir. posses. & Paul. lib. 5. sent. tit. 2. quod probo ex text. in §. possidere 5. instit. de interdict. ibi: Quin etiam (inquit Imperator) animo quoque solo retineri possessionem placet; id est, quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquenda possessionis animo, sed postea reverfus in dediscefferit, retinere, possessionem videatur, ne alioquin rebus nostris, vel ex quibus utilitatem percipimus, additi, & veluti obligati essemus; quod speciem quandam servitutis redoleret, l. annua 20. §. Attia 1. ff. de ann. legat. l. servos 17. l. libertis 18. §. ult. ff. de aliment. & cibis. legat. l. Titio centum 71. §. Titio certum relicta 2. ff. de cond. & demonstr. D. D. Melchior. de Valentia illustr. tract. 2. cap. 2. num. 25. Quo in §. possidere non tantum de proprietario loquitur, sed de omnibus illis, quibus dantur interdicta propter possessionem. Deinde ex interdicto uti possidetis sumo argumentum; interdictum hoc, quod pro rebus soli competit l. 1. in princ. & §. 1. ff. uti possidetis §. restituenda 4. instit. eod. tit. fructuario, & aliis datur, ut in praecedentibus susè probavimus: & certum est fructuarium, emphyteutam, creditorem, & similes, non minus quam proprietarium inhærere non posse propter rationem nuper relata; sed sufficit, ut adhuc possessionem habeant, sive illam corpore & animo simul, sive animo tantum teneant; dum tamen habeant facultatem in fundum revertendi, eumque defendendi, l. sed id 25. §. ult. ff. de acquir. posses. ibi: quod autem solo animo possidemus: etiam fructuarius, creditor pignoratitius, & similes etiam si discedant à fundo, animo solo retinent possessionem: ac per consequens illa possessio, quae apud interpretes naturalis est, licet apud nos civilis sit, nempe illa, quam fructuarius

fructuarius habet, animo solo retinebitur. Non nihil faciunt etiam text. in 1. §. penult. possideri 3. §. 1. & seq. & §. in amittenda 6. de acquir. posses.

7 Ulterius fundamentum, quod nititur civilis possessio, est possessio naturalis, & idè quoniam prius praecedat haec, illa non constituitur, l. possideri 3. §. Neratius 3. ff. de acquir. posses. ibi: Neratius, atque Proculus solo animo, non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio, l. cum heredes 23. ff. eodem tit. ibi: Cum heredes instituti sumus, adit à hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet: quibus cognoscitur, quam vana est mens Marc. Lycl. membr. lib. 7. elega 25. asserentis civilem possessionem in suum haereditatem transferri, ex l. 30. ff. ex quibus caus. major. 1. de lib. & posthum. & Vaconij lib. 2. declarat. 37. num. 3. dicentis, civilem possessionem acquiri posse sine naturali; qui sui ipsius reprehensor est, dict. loc. declarat. 40. dum ait, civilem possessionem sine naturali acquiri non posse: ergo si haec apprehensio naturalis, qua sitit civilis possessio, animo non retineatur; praecise discedente possessore à fundo corrueret diruto fundamento tota possessio civilis: sicut contingit in eo, qui reversus vi prohibetur ingredi in fundum, l. clam 6. §. qui ad nundinas fin. l. si id quod 25. §. fin. ff. de acquir. posses. qui ex eo quod per occupationem alterius ingredientis fundum prohibetur ingredi in eum, amittit naturalem, ad quam facto revertetur possessio: Et in consequentiam amittit naturalis possessionis statim etiam civilis possessione privatur: alioquin etiam si de facto ingredi prohiberetur, quid impediret, ut ille etiam post prohibitionem animo possidendi haberet: et si solo animo non retentà possessione naturali possit retineri possessio civilis: Et in eo casu, quo possessor ingredi fundum non potest, civilem possessionem retinet: quod quam falsum est ex dictis legibus constat, & ex his quae tradit D. D. Melchior. de Valentia d. tract. 2. cap. 2. §. num. 27. & 2. ergo possessio naturalis non solum potest animo retineri, sed necesse est, ut retineatur, ne possessio civilis corruat. Praeterea confirmantur superiora ex l. colonus 3. ff. de acquir. posses. quae sic inducenda est, colonus non habet nisi solum naturalem possessionem, ut supra §. 3. n. 6. probavimus, & apud omnes certum est: & illa naturali possessione coloni nititur possessio civilis locatoris: quod ibi deducitur à contrario sensu: nam si colonus discederet à fundo, quem tenet, animo deserendae possessionis; etiam locatoris possessio amitteretur; quia haec retinetur ex eo, quod discesserit à fundo absque animo deserendae suae possessionis, l. si de eo 40. §. 1. eodem tit. sed colonus discedens à fundo retinet suam naturalem, quam à locatore accepit possessionem, non enim habet aliam: ergo animo tantum illam retinet, quia dum discessit, corporaliter fundo non insitebat: igitur non solum civilis, sed etiam naturalis possessio animo potest retineri. Ex quibus reprehensione dignum esse judicamus Vaconium, dum d. loc. n. 1. & §. docet statim, quo quis discedit à possessione, amitti naturalem possessionem, & tantum civilem retineri: cuius contrarium postea explicans: d. l. si colonus, scripsit, d. lib. 2. declarat. 42. num. 2. ejus rationes neque referre, neque refellere necesse habemus quia ex dictis facile impugnantur.

8 Probat etiam sententia nostra text. in l. qui bona fide 19. §. quod scriptum 1. ff. de acquir. posses. ubi vulgatum illud axioma, scilicet neminem sibi possessionis causam mutare posse, intelligendum esse dicitur de eo, qui & corpore & animo possessioni Hieron. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

incumbens, hoc solum statuit, ut alia ex causa possideret; jam verò diximus supra hoc cap. num. 5. dictum axioma loqui non tantum de proprietario, sed etiam de fructuario, & similibus, qui suo nomine, & sibi; itèque de commodatario, & similibus, qui alieno nomine, & alij rem possident: quod etiam probatur ex l. qui legatorum 2. §. quod vulgo 1. ff. pro herede, l. possideri 3. §. illud 19. & sequent. ff. de acquir. posses. ergo de his omnibus dicendum est, quod non tantum corpore, sed etiam animo rem possidere, & tenere queant. Undè & glossa in dict. l. qui bona fide §. quod scriptum 1. verba: Animo, & corpore, erroneè pro naturaliter, & civiliter interpretatur, quod cum ipse Author etiam cognovisset, statim subiecit dictam regulam de non mutanda sibi ipsi possessionis causa non tantum valeret in eo casu, quo quis civiliter, & naturaliter possidet, quales sunt proprietarius, fructuarius, &c. sed etiam cum merè naturaliter possidet per dict. §. illud & sequent. & dict. §. quod vulgo: Ratio est, quia & animi possessio facti, & proinde corporalis, sive naturalis est, quatenus animo factum continente retinetur: ex eo enim quod perpetuò glebae inhærere possessores non possunt adscriptorum instar; id enim speciem servitutis contineret, ut dixi num. 6. merito propter utilitatem ex ipso usu receptum est, & constitutum, ut eam ipsam possessionem, quam initio corpore adepti sumus, solo animo retineamus. Joann. Vaud. 2. quest. 3. num. 21. Petrus Frideric. Mindan. de acquir. posses. capite 5. numero 1. 2. & 3. Falsa ergo erit illa sententia Vaconij dicentis, possessionem naturalem animo non posse retineri: cui Authori se ipsum sic oppono: ait dict. lib. declarat. 44. interdictum uti possidetis, non pertinere nisi ei, qui possessionem naturalem habet; quia illud interdictum, nè vis possidenti fiat, introductum est, l. 1. ff. uti possidetis: haec dicit Vaconius, gloriaturque se hoc genus novum interpretandi circa interdictum uti possidetis, invenisse: nunc addo ego: sed possessio illa, ad quam tuendam, & detinendam datur interdictum uti possidetis, est possessio, quae potest animo retineri, dict. §. possidere 5. junct. §. praeced. ubi de interdicto hoc, & utrius agitur instit. de interdict. ergo possessio naturalis animo retineri potest. Neque nobis obstat text. in l. 1. §. Scavoia ff. si quis testament. liber. esse iustus sit, ubi possessio, & facti & animi dicitur ibi: Qua facti est, & animi: Nam ita dict. §. non opponuntur facti, & animi possessio ratione diversarum specierum, sed ratione modi: & facti ea intelligitur, in qua quis corpore ipso, pedibus, & sedibus rei insillit: animi verò ea, quae animo circumfertur, l. possideri 3. §. 1. ff. de acquir. posses. & animo tenetur dict. Frideric. Mindan. dict. cap. 4. numer. 3. Itaque magis certior, & verior redditur sententia nostra, scilicet non solum civilem, sed etiam naturalem possessionem animo retineri posse.

Praeterea huic sententiae non tam controversiam, 9 uti ab interpretibus creditur, quam refugium tutissimum praebet text. in l. 1. §. de jectur 9. ff. de vi, & vi armat. ibi: Dejectur is (inquit Consultus) qui possidet sive civiliter, sive naturaliter possideat: nam & naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Circa hunc §. summa est varietas opinionum, illaque apparet ex ejus glossa: alij enim referent eadem expostuerunt verbum civiliter, id est iuste verbum naturaliter, id est injustè; ita ut civilis possessio ea sit, quae justa vocatur; naturalis verò ea, quae injusta appellatur: quam interpretationem etiam sequutus fuit Doctissimus subtilioris jurisprudentiae

Magister D. D. Melchior de Valentia, cujus rationes retulimus supra hoc cap. num. 2. Alij dixerunt verbum *civiliter* positum fuisse ad significandam eam possessionem, quæ animo, & corpore, vel animo solo retinetur: *naturaliter* verò ad significandam eam, quæ corpore tenetur, ut in fructuario secundum decisionem text. in l. *naturaliter* 12. ff. de acquir. possess. Et ex his duobus modis ait glossa quod sequitur: *nam, & naturalis possessio, &c.* subjungendo, quòd naturalem ibi possessionem Græci interpretantur illam, quam lex civilis non novit: quæ omnia errorum plenissima sunt, & neutra eorum explicationum sibi constar: nam quòd civilis possessio ibi pro justa, naturalis verò pro injusta sumatur, natura ipsa, possessionis non patitur, ut docebimus cap. sequent. num. 2. Deinde quòd possidere civiliter non significet animo possidere, inde apparet, quòd Jurisconsultus in eadem, l. §. *sive autem* 24. & possessionis, quæ animo, vel corpore tenetur, singulariter menit in his verbis; *Sive autem corpore, sive animo possidens quis dejectus est, palam est eum vi dejectum videri*: Itaque ut inanis antologia foret, si unum idemque in dict. §. 14. & §. repetitum dicatur; quod, & Joannem Vaudum adnotasse refert Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. capite 5. numero 4. in fin.

10 Sed omittis his explicandi modis sic ille §. 9. intelligendus est: deicitur is, qui possidet sive civiliter juri, sive naturaliter rei, atque corpori incumbat: nam & naturalis possessio sive animo ea, sive animo, & corpore teneatur, ad hoc interdictum pertinet: imò amplius dici debet, non tantum eam naturalem possessionem, qua quis sibi suoque nomine rei incumbit, etiam si lege prohibente possideat, uti contingit in uxore tenente rem sibi à marito donatam dict. l. 1. §. *denique* 10. ff. de vi, & vi armat. sed & illam naturalem possessionem, qua quis non sibi, sed alteri rem tenet, ut fit in colono, & inquilino, ad hoc interdictum pertinere; non quidem ut his detur interdictum, cum sibi non possideant; sed ut domino competat, qui in illorum persona, per quos naturaliter possidebat, vi dejectus esse videtur l. fin. dict. tit. Ex quibus aperte convincitur dictum §. *deicitur* magis confirmare, quam impugnare nostram sententiam, quam & D. Rogerius sequutus fuit, cum affirmaverit feudatarium, & emphyteutam, similemque civilem habere possessionem ratione juris, quod habent in re: & licet hæc sententia frequentissimo interpretum consensu in dict. l. possideri 3. §. *ex contrario* 5. ff. de acquir. possess. reprobata fuerit, ut attestatur D. Didacus à Covarruvias in cap. *possessor male fidei, de regul. jur. in 6. relest. 2. numer. 4.* attamen nostram sententiam defendendam esse docet: & ea opinio intelligi debet non solum uti Covarruvias putat, emphyteutam, fructuarium, & similes possessionem civilem habere improprietariam, ac omnino principalem, cum juxta communem distinctionem vera, & propria possessio civilis ea sit, qua secundum definitionem Theophili animo dominantis rem possidemus, §. de his 3. versicul. *quod enim insituit. per quas person. cuique acquirat.* §. *item per Acceptilationem 1. insituit. quibus modis tollit. obligat.* sed quòd civilem possessionem habeant veram, atque propriam, qua sibi suoque nomine non minus quam proprietarius suo juri ad civiles effectus producendos incumbunt, ut fuscè scripsimus supra capite 3. & capite 4. numer. 4. & seqq. quæ sic etiam docet dictus Petrus Frideric.

Mindan. dict. tit. de acquir. possess. dict. cap. 5. numer. 6.

Neque obstat Theophili definitio, quòd civilis possessio sit animo domini, seu dominantis rem detinere: primò enim, ut naturalis; ita & civilis possessio, quædam est, quam animo domini; quædam quam animo nò domini nanciscimur, & retinemus: nã qui possidendo juri suo incumbit, non statim dominus est: ille enim, qui pignori rem accepit, vel qui precario rogavit, & similes tam civiliter, quam naturaliter possident, non tamen opinione domini possident, l. si servus 21. §. 1. Digest. de noxali actio. circa quod vide quæ scripsimus supra hoc libro capite 2. numero 3. Undè non esset rectus argumentandi modus, si quis inferret hoc modo: fructuarius, creditor pignoratitius, precario rogans, & similes non possident animo domini, seu dominantis: ergo non possident civiliter. Vel sic: is, quis possidet affectu domini, seu dominantis, possidet civiliter: ergo emphyteuta, fructuarius, & similes, qui non habent, nec habere possunt affectum domini, seu dominantis non possident civiliter: postea enim una possessionis specie, quam Theophilus ab opinione domini definit, alia species contenta sub ejusdem generis complexu non statim removetur, quandoquidem, & fructuarij, & similibus civilis est possessio illa, qua juri suo, & suo nomine incumbunt, dict. §. 1. l. nemo 10. Codice de acquir. possess. & hic loquendi modus etiam in hac ipsa possessionum materia frequentissimus est Jurisconsultis, cujus exemplum præbet text. in l. *naturaliter* 12. Digest. de acquir. possess. ibi dicitur naturaliter fructuarium possidere, non tamen ex eo excluditur, quòd non possideat naturaliter etiam proprietarius; quinimò & colonus quoque, & depositarius, & ceteri hujusmodi naturaliter alibi possidere dicuntur, ut in superioribus passim demonstravimus: proprietarius quidem suo, & domini nomine; fructuarius suo, sed non nomine domini possident ad civiles effectus producendos: colonus verò, depositarius, & similes nec suo, nec domini nomine possident, nec juris quidem respectu, quod civiles effectus dominij, vel servitutis producere queat. Secundò illud quod Theophilus, simulque Græci dicunt, non tantum de animo domini (ut quidam vertunt) intelligendum est, sed de animo dominantis, seu potestate habentis: qui quidem animus, & in fructuario, vasallo, & similibus potest verificari: & idè sine dubio usum fructum magnam domini partem habere dicitur, in l. usufructus 4. ff. de usufr. l. si unus 27. §. *item si pædis* 8. ff. de pædis l. vacca emptor 43. l. si ab emptore 49. ff. de evict. l. Mævius 66. §. *pen. l. cum filius* 76. §. *dominus* 2. ff. de legat. 2. l. qui usum fructum 58. ff. de verb. oblig. l. non quocumque 82. l. fundus 1. ff. de legat. 2. l. si usum fructum 23. ff. de liberat. legat. l. si à reo 70. §. *si reo* 2. ff. de fidejussorib. l. si cum argentum 21. §. *pen. ff. de except. rei judic. l. in venditionem* 8. ff. de reb. auctor. jud. possid. Frideric. Mindan. d. loc. n. 7. & 8.

Pro nostra sententia etiam facit text. in l. qui pupillus 11. ff. de acquir. rerum domin. ubi pupillus sine tutoris autoritate ne possessionem quidem, quæ naturalis est, alienare posse dicitur: cujus contrarium ferè statuitur, in l. possessionem 26. ff. de acquir. possess. Ulpianus enim tradit, pupillum posse amittere possessionem abque tutoris autoritate, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere, quod enim facti est, potest amittere: alia causa est, si forte animo velit possessionem amittere: hoc enim non potest. Quarum legum conciliatio petenda est ex nostra

nostra, quam defendimus sententiam & ex vera civilis & naturalis possessionis definitione, ac intelligentia: earumque legum sensus hic est, quòd pupillus possessionem naturalem citra tutoris auctoritatem alienare quidem possit: sed quatenus est meri facti corporalis nihil habens civilitatis, vel juris, quòd solo animo tenetur: neque enim corpore tantum juri, vel civili possessioni insitimus, sed etiam & solo animo; & de hac possessione loquitur dict. l. possessionem 29. quatenus verò ista possessio naturalis non tantum facti corporalis, sed & juris est alienare eam pupillus non potest; & de hac possessione intelligendus est text. in dict. l. pupillus 11. Petr. Frideric. Mindan. de acquir. possess. dict. cap. 5. num. 11. Ergo non sunt audiendi illi, qui hæc duo loca inter desperatos jurisprudentiæ textus ita ponunt, ut eorum conciliationem non posse inventi diffidenter attestentur: vel si aliqua esse potest, illam fumendam esse ex observatione diversitatis temporum, quibus istarum legum Authores floruerunt, ita ut alterius decisioni per alterum derogatum fuisse arbitremur, quòd ferendum non est: vide etiam quæ infra docebo in fin. hujus cap. num. 14. ad explicationem prædictarum legum, quarum aliam interpretationem, & conciliationem tradit D. D. Melchior de Valentia illustr. iract. 2. ca. 6. n. 19. Ex omnibus, quæ hoc cap. scripsimus, manifestissime apparet, nostram sententiam, nempe quòd fructuarius, precario rogans, emphyteuta, usufructuarius, creditor pignoratitius, & similes non tantum naturaliter, sed etiam civiliter possideant ratione juris, cui incumbant, & non solum civilem possessionem, sed etiam naturalem animo retineri posse videatur; verissimam esse.

13 Ad clariorem tamen eorum, quæ supra docuimus, intelligentiam, necesse est, ut aliqua adnotemus scitu digna. Et primò notari oportet, quòd ratione actus, & re ipsa una tantum sit possessio, unum genus, una species: ratione verò qualitarum, vel circumstantiarum plura sint genera, & species, ut Paulus tradit in l. possideri 3. §. *genera*, & hæc diversa genera atque species sumuntur vel respectu proprij, undè dicitur possessio propria, vel quasi; vel sumuntur respectu juris, & facti, undè possessio dicitur civilis, aut naturalis, ut dixi supra cap. 2. nu. 6. vel sumuntur ratione cause, ex qua nostrum aliquid sit, possessioque nobis acquiritur: quod fieri solet multipliciter, nã tot sit cause, quot tituli: & tituli vocantur cause, veluti tituli pro emptore, pro donato, pro docto, pro legato, pro hærede, pro suo, &c. d. §. *genera*: vel sumuntur ratione fidei, & justitiae, undè possessio dicitur bona, vel mala fidei, d. l. possideri 3. §. *vel etiam*, de quo agemus cap. seq.

14 Secundò notandum est, quòd naturalis possessio, cum in ea nihil cogitari possit præter illam naturalem apprehensionem rei, sit puri, puri facti in se considerata; quia nihil aliud est, quam ille actus sive realis detentio, qua rei mobili, vel immobili; corporali, vel incorporali insitimus, & incumbimus non tantum corpore, sed animo, ut supra docuimus. Possessio verò civilis puri, puri juris sit, quia factum corporale nullum habet, & semper est invisibilis, nisi quatenus per naturalem possessionem se expedit, & declarat: quo respectu & naturalem possessionem aliquid juris, & è contra civilem possessionem aliquid facti habere dicunt, quatenus naturalis per civilem subsistitur, & è contra civilis per naturalem acquiritur, retinetur, operatur, & declaratur: & ita intelligenda sunt ea, quæ Cujacius lib. 18. obser. cap. 24. scripsit. Et sic etiam interpretari debet, & conciliari text. in d. l. Egeron. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

pupillus 11. ff. de acquir. rerum domin. cum l. possessio nem 29. ff. de acquir. possess. nam in dict. l. pupillus possessio naturalis intelligitur ea, quæ à civili subtrahitur, & fovetur: & in dict. l. possessionem illa, quæ solo facto tenetur: unde provenit, ut & hæc pupillus sine tutoris auctoritate alienare posse dicatur; quia pupillus omnino in his, quæ sunt facti, & meri juris naturalis, qualis est obligatio naturalis sine tutoris auctoritate, rectè omnia agit l. condiciones 5. l. qui hæred. 44. ff. de cond. & demonstr. l. si stipulatus 1. l. servus 63. ff. de solution. l. si is qui su. §. *vel. ff. precar.* itaque potest de fundo exire, & alij possessionem tradere; illam tamen non potest alienare. Quo etiam fit, ut possessionem, quam de facto alienaverat, ex jure quod remansit revocare, & repetere queat. Ex quibus omnibus apparet, quomodo utraque possessio juris, vel facti dicatur, quamvis & ratione actus, & insistentiæ civilis possessio aliquid facti habere videatur, licet aliàs mero jure consistat. Hæc præclare, sicut & alia omnia, quæ ad hunc tractatum pertinent; explicuit Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 5. num. 12. & 13.

Tertiò etiam notandum est, quòd possessio civilis solo animo teneatur, & illa per naturalem possessionem præcisè declaratur: naturalis verò possessio vel animo, & corpore simul, vel & animo tantum, ut patet in hoc cap. probavi. Præterea quòd possessio sit facti, vel meri facti ratione insistentiæ, & detentio; jus verò vel juris respectu cause, ratione juris, qua nititur, ut post alios docet Jason in l. 1. ff. de acq. poss. n. 9. & seqq. Denique notari debet (quia hoc exemplum inter cætera frequentius corrumpit hanc materiam possessionum) illud quod in precario erroneè concipitur: cum enim videatur Doctoribus, & illud rectè judicent, utrumque possessionem, civilem & naturalem precario concedere, & sic in accipientem transferri posse, & de facto transferri, l. Pompeianus 13. §. *si is qui 7. ff. de acquir. possess.* ut supra diximus hoc lib. cap. 3. num. 2. & 3. sollicitè querunt, an etiam in isto casu domino qui concessit precariū aliqua ratione dari possit interdictum *uti possideatis*? Et plerique existimarunt non posse ex eo, quòd nullam possessionem retinuerit, sed omnem in precario accipientem transtulerit: Menoch. *retinend. possess. rem. 3. n. 24.* & ibi lo. à Platea §. *retinende 4. inst. de interd. dict. Salicet. in l. unius, C. uti possideatis opposit. 4.* Sed quia hoc, & alia similia erroneè concepta sunt, totus ferè civilis, & naturalis possessionis tractatus imprudenter violatus est, precarium enim concedens etiam ad possidendum, ipse tamen civilem possessionem respectu domini, quod habet, retinet; quamvis precario accipiens hoc casu non tantum naturaliter sed etiam civiliter ratione sui juris proprij possideat neque absurdum sit, ut duo insolidum unius rei possessores uno, eodemque tempore reperiantur, Frid. Mind. d. loc. n. 14. & 15. & vide quæ dicemus infra c. 10.

Hæc errori etiam alter sensus non bene concinatus per interpretes adhibetur, nempe quòd fructuarius quoad ipsum dominum non possideat fundum ipsum, sed jus tantum usufructus: quoad alios verò possideat etiam ipsum fundum: unde & cautèlam tradunt, quòd pro interdicto *retinendæ possessionis* libellaturus ea jure debeat, ne contra dominum acturus dicat, quòd ab ipso turbatur in possessione fundi: licet enim hoc modo dicere possit contra tertium, tamen contra dominum non possit, sed esse dicendum se turbari à proprietario in quasi possessione usufructus: nisi enim ita dicat, se nihil obtinere posse: quemadmodum, & contra tertium

et 38. quibus assentire videtur in ea parte, quæ attinet ad possessionem civilem, Cujac. lib. 27. *observat. cap. 7.* scribens possessionem civilem esse non cuiuscumque animi, sed ejus qui se dominum scit, vel opinatur bona fide ex justa causa; sed quoad naturalem possessionem dissentit, *dict. cap. 7. et lib. 33. observat. cap. 9.* describens illam incubationem corporalem cum jure quodam speciali incubandi, Alciat. lib. 11. *quinque pedum prescript. num. 108.* ait injustam possessionem vocari naturalem, quia quævis justa possessio est, eam lex approbat, & per istam approbationem, qualitatem assumit, ut civilis vocetur: ipse tamen *num. 114.* non esse has species omnino diversas, sed qualitatem civilis approbationis accedentem naturali dare illi nomen civilis ait, Hieronym. Treutler. *disp. 21. thes. 1.* Sed supradicti Authores, & alij, qui hanc sententiam defendunt, à me contemnerentur, si inter eos novissimè non connumeraretur Doctissimus vir D. D. Melchior de Valentia olim in Salmanticensi Academia primarius legum Antecessor dignissimus, postea propter summum ejus Doctrinæ splendorem, in quo nulli secundus fuit, in Supremo Castellæ senatu venerandus Senator, qui in loco superiori *cap. num. 2. citat.* idem quod interpretes superiores credidit, & novis rationibus illam sententiam firmare tentavit: ille verò pro principaliori hujus sententiæ fulcro adducit text. in *l. quod servus 24. ff. de acquir. possess. quæ sunt verba: Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides: quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed justam potestatem acquirere, ubi expressè justa possessio opponitur corporali, sive naturali possessioni: ergo ut dicti Authores inferunt, justa possessio est civilis possessio, & injusta possessio est naturalis possessio, idem Valentia tract. 2. cap. 6. num. 19. qui & alias rationes affert ad illustrandam prædictam sententiam.*

Si igitur verum amamus; hanc sententiam non probat, *dict. l. quod servus 24.* & non bene illa intelligi videtur à tanto Doctore, & aliis; cum potius nostram sententiam, quam retulimus *cap. super. num. 4.* confirmet: nam ibi justa possessio dicitur, & appellatur non respectu malæ fidei, sed respectu juris, cui civiliter incumbimus. Unde Ulpianus in *l. communi 7. §. inter prædones 4. ff. comm. divid. prædones possessionem injustam appellat, precariam verò justam in his verbis: Inter prædones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant, locum habebit: nec si clam: quia injusta est possessio ista: precaria verò justa quidem, sed quæ non pervenit ad iudicij vigorem. l. quæcumque 13. §. 1. ff. de public. in rem actio. ibi: Interdum quibusdam nec ex justis possessionibus competit publicianum iudicium: namque pignoratitia, & precaria possessiones iusta sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium: illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse: Et ea ratione, qua possessio naturalis dicitur corporalis, quod corpori per eam incumbamus, ita & civilis possessio dicitur justa, quod per eam juri institamus: & ea est sine dubio aperta mens, *dict. l. quod servus*: ubi enim Javolenus se ipsum declarans, hæc scripsit: Ignoranti tibi servus non corporalem possessionem acquirere potest, sed justam possessionem potest: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet: nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur; summa scilicet cum ratione, quia quod ex justa causa corporaliter à servo tenetur, id in peculio servi est, & peculium quod servus*

civiliter quid possidere non potest, sed naturaliter tenetur, dum creditur possidere: quod verò ex maleficio apprehenditur; id ad dominum possessionem ideo non pertinet, qui nec peculij causam apprehendit. Quibus verbis manifestè apparet, quod & servus: peculium corporaliter quidem, sed tamen justè possidet: ibi: Quia quod ex justa causa corporaliter à servo tenetur. Uterius in *dict. l.* dicitur per servum dominus possidere, sed ea tantum possidet, quibus civiliter ipse dominus incumbit: unde licet Consulatus casum violentiæ, & maleficio ibi proponat, tamen non ex eo maleficio, sed aliunde rationem suæ decisionis sumit, dicens quod ea, quæ vi, aut maleficio servus acquirat, non acquirantur domino, quia ea constituunt extra causam peculij, quod civiliter à domino possidetur: cum igitur servus nihil respectu sui domini habeat, nisi id solum, quod ex justa causa peculij, ejusque juris causa habet, *l. 1. §. item acquirimus 5. l. si me in vacuum 34. §. 2. junctâ, l. peregrè 44. §. 1. ff. de acquir. possess.* consequens est, quod ignorant domino nihil possit servus acquirere, nisi acquirat ex eo jure, cui ipse dominus civiliter incumbit: servus enim non sibi, sed domino, imò dominus per servum possidet, *l. si id quod 23. §. 1. eodem titulo.* ex causa igitur juris, quod dominus non possidet, nec servus quicquam acquirere ei potest. Et hoc est, quod dicit Consulatus, nempe quod id, quod injustum est, & injustè per servum acquiratur, in peculio esse nequeat: & quod possessio ejus, quod in peculio esse nequit, ad dominum pertinere non possit. Ergo rectè probatur, civilem possessionem non esse eam, quæ justa est; sed eam, qua quis suo juri incumbendo tenet rem sibi, & suo nomine; non alij, & alieno nomine: & sic explicat *dict. l. quod servus 24.* Petrus Fridericus Mindanus de *acquirend. possess. cap. 6. numero 3.*

Præterea quod ille, qui naturaliter possidet, justè possideat, probatur ex *l. possessio quoque 49. ff. de acquir. possess.* ubi naturaliter à fructuario rem teneri tradit Consulatus ex ea ratione, quod plurimum ex jure possessio mutetur: unde qui in aliena potestate sunt (uti docetur in *§. seq. ejusdem l.*) rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed & juris est: quemadmodum, & justè possidet, qui auctore prætoris possidet, sive naturaliter, sive civiliter possideat, *l. justè 11. ff. de acquir. possess. junctâ l. si finita sit 15. §. Julianus scribit 16. ff. de damn. infect.* ubi qui ex primo decreto in possessionem missus est, naturaliter tantum possidet: circa quod vide quæ diximus supra hoc lib. cap. 3. num. 7. tamen quis negabit eum justè possidere, cum jubente prætoris possessionem ingressus fuerit. Extat etiam textus explicatissimus, in *l. si quod possessor 31. §. justus 2. Digest. de petiti. hered.* ibi: Justus autem possessor dubio procul debet deducere quod sibi debetur, ubi postquam Consulatus ait illam hereditatem, quæ ab eo evincitur, ei non pertinere, illum tamen justum possessorem vocat. Ad idem spectat text. in *l. si servus 21. §. 1. Digest. de noxal. actio. is, qui pignori accepit* (inquit Consulatus) vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione; non tamen opinione domini possidet. Ex quibus apertissimè ostenditur, errore deceptos esse omnes eos, qui putarunt civilem possessionem esse illam, quæ justa est; naturalem verò, sive corporalem, illam quæ injusta est, adeò, ut etiam reprobanda sit eorum sententia, qui dicunt civilem possessionem vocari eam, qua res detinetur

affectu

affectu domini, seu dominantis: quasi plus civilitatis bonæ fidei, vel justitiæ inhi proprietati, quam cæteris jure civili, & legibus, imò & ipso jure gentium comprobatis possessionem causis Frideric. Mindan. *diff. loc. num. 4.* Uterius illa possessio, quæ sufficiens est ad civiles effectus producendos, civilis possessio est, ut in superioribus passim docuimus: sed injusta possessio producit civiles effectus, hoc est usus interdictorum uti possidetis, & utrobi *l. justa enim 2. ff. uti possidetis*: ergo & injusta, possessio, civilis possessio esse potest: nam naturalis possessio nullum effectum producit civilem quoad usum horum interdictorum, *l. officium 9. ff. de rei vindicatio.* ergo civilis possessio malè definitur justa possessio: & è contra naturalis possessio injusta possessio. Denique disquiramus, quæ sint fundamenta, & qualitates, quæ constituunt justam, vel injustam possessionem: certè nihil aliud requiritur, neque aliunde illas qualitates possessio sumit, nisi ex bona, vel mala fide: ergo quicumque habuerit bonam fidem, habebit justam possessionem: & è contra quicumque habuerit malam fidem, injustam habebit possessionem: cognitio ergo quæ sit bona fides, cognoscatur etiam illos, qui naturaliter possident, justè possidere ex bona fide, & justam habere possessionem posse, cum ex justa causa possideant.

Et generaliter constitui potest ex *dict. l. quod servus 24. ff. de acquir. possess.* justam, & bona fide conceptam possessionem esse, quæ ex justa causa oritur: injustam è contra, quæ ex causa injusta habetur quod in formulis interdictorum tribus verbis explicari solet, *vi, clam, precario*, *l. 1. ff. uti possidetis*: nam hæc tribus modis *vi, clam, & precario* possidemus malà fide. Videamus hæc qualiter constituentur: *Vi autem possidet is, qui expellendo veterem possessorem, acquisitam per vim possessionem obrinet, aut qui in hoc ipsum aptatus, & preparatus venit, ut contra bonos mores auxilio nè prohiberi possit, ingrediens in possessionem facit*, ut docet Ulpianus in *l. 1. §. vi possidere 28. ff. de vi & vi armata*, ubi in fine ipse notat, eum solum vi possidere, qui per vim possessionem obtinet, vel ingreditur: eum verò, qui possessionem, quam habet, per vim retinuerit, non vi possidere: quod & Labeo ibi relatus rectè sensit. *Clam possidere eum dicimus, qui furtivè ingressus est in possessionem, ignorantes eo, sibi controversiam facturum suspicabatur, & ne faceret, timebat.* Is autem, qui cum possideret non clam, sed celavit; in ea causa est, ut non videatur clam possidere: non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est: nec quæquam clam possidere incipere, qui sciente, aut volente eo, ad quam ea res pertinet, aut aliqua ratione bona fidei possessione nanciscitur. Itaque (inquit Pomponius) clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens, ignorante eo, quem metuit, furtivè in possessionem ingreditur. Hæc ita scripsit Ulpianus in *l. clam 6. ff. de acquir. poss.* ubi observari debet verbum obtinere in *dict. §. vi possidere* significare idem, quod adipisci, seu nancisci possessionem: in hac verò *l. clam*, significare idem, quod retinere: quod verbum secundum hanc duplicem actionem positum extat apud Ciceronem lib. 1. ad Lentulum, ut neque si quid nos obtinuerimus, repulsi esse videamur, obtinuerimus; id est nacti, vel adepti fuerimus; quemadmodum etiam occupare significat apud Plinium lib. 12. cap. 1. arbor agros obtinens umbris: idem Cicero ad Trebatium, tu si isthinc commendatione mea dignitatem tuam obtinebis, perferre nostri desiderium: obtinebis, id est retinebis, conservabis. Quæritur etiam an videatur is clam possidere, qui rem alienam bona fide

obtinet, & postea cognoscens alienam esse, celatè cæpit, nè ea peteretur: vel is, qui rem suam, ignorante bona fidei emptore, clam aufert. Quas quaestiones decisas per Africanum reperies in *l. si de 40. §. servum meum 2. & seq. ff. de acquir. possess.* in quibus non inspicitur ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ. Hoc etiam notari debet, quod sepius possessio, quæ sui origine clandestina est commutetur etiam in violentam, veluti si quis ad nundinas profectus neminem reliquerit in fundo: & dum ille à nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: rerum si reverentem eum is, qui interim fundum occupaverat, non admiserit vi magis intelligi possidere, non verò clam retinere *dict. l. clam §. 1. Frideric Mindan. diff. capite 6. num. 8. & 9.*

Qua ratione Ulpianus ex Juliano in *l. certis 6. §. Julianus 3. ff. de precar.* hæc nobis scripta reliquit: Julianus ait eum, qui vi alterum deiecit, & ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere, & incipere precario; neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate ejus, quem deiecit, cepisset precario possidere, non si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore dominium capere: & dicitur ille precario possidere, qui cum prece ad tempus possessionem nactus esset, eam postmodum sibi planè retinere, & repetenti dominium contra omnem æquitatem conatur non restituere: quod manifestissimum dolum, & fraudationem continet, & eum malæ fidei possessorem constitui arguit. *l. 1. & 2. ff. de precar.* Et hæc est quaestio illius §. Julianus, & ratio illa dubitandi, an possit vi possidens precario rogando mutare sibi causam possessionis; quam mentem, & intellectum habeat, adaptat dicto §. post refutatas diversas plurimum Doctorum cogitationes D. Francisc. de Amaya lib. 2. *observat. cap. 8.* quem omnino vide, & præcipue *num. 11. & seq.* quo spectat etiam textus in *l. si fur 32. & l. seq. §. quod vulgo 11. ff. de usufruct. ab eodem Amaya explicatus in *diff. loc. num. 16.**

Ex quibus designari, & definiti rectè potest malæ fidei possessionem illam esse, quæ acquiritur, vel habetur citra juris auctoritatem, ignorante, vel non consentiente eo, qui verus possessor erat. Unde Imperatores Diocletianus, & Maximilianus in *l. improba 7. C. de acquir. possess. improba* (inquunt) possessio firmum titulum possidenti prestare nullum potest: unde ingredientem in vacuum possessionem alieni fundi non consentiente domino, vel actore, quæ ejus rei concedenda potestatem habuit, causam justam possessionis adipisci non potuisse certum est: quod adeò verum est, ut et si titulus verus ad justam dominij, seu possessionis causam intercesserit, veluti emptio, venditio, permutatio, donatio &c. tamen pro malæ fidei possessore habeatur, qui sine traditione ignorante, vel non consentiente domino rem venditam, donatam &c. de facto occupaverit. Unde Paulus ex *l. si ex stipulatu §. ff. de acquir. possess. si ex stipulatu tibi Stibicum debeam* (ait) & non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, prædo est. *Atque si vendidero, & tradidero rem si non voluntate meâ nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed prædo es.* Iidem Imperatores, in *l. neque ex vera 9. C. ead. tit. neque ex vera venditione* (aiunt) possessionis quam non fuerat emptor adeptus, improbe retinere potest; ac multò minus is, qui a se veratione falsam cum sine obligatione pignoris pecuniam mutuo dedisset, fundum irrumpeus alienum, justam possidendi causam

B b 4 habet

habeat. Quod etiam obtinere rectè dicimus, quando post enumeratum pretium venditam mihi rem domino ignorante citra ejus voluntatem occupaverim, Accurf. in *dict. l. neque ex vera* 9. Itaque si emptor rem, cujus custodiam venditorem prestare oportebat, soluto pretio ubripuerit, furti actione non tenetur, *l. eum qui 14. §. 1. ff. de furt.* sed non tamen idè minus rem mala fide possidet, Accurf. in *dir. l. 9.* Cujac. *lib. 18. observat. cap. 25. in fin.* Ex quibus fit, ut si emptor antequam pecuniam solverit rem subtraxerit, non solum malæ fidei possessor sit, sed præterea & furti actione teneatur, perinde ac si pignus subtraxisset *dict. l. eum qui §. 1. Frideric. Mindan. de acquir. possess. dict. cap. 6. num. 12. 13. & 14.*

8 Hæc mala fides; cujus tota malitia, & vitium provenit ab injusta causa possessionis dolosè concepta, etiam si interveniat titulus, alioquin sufficiens ad constituendum justam possessionem, si illum scientia injustæ causæ possidendi non maculasset, male ab interpretibus definitur, esse scientiam rei alienæ *glos. in cap. virgo 33. quest. 1. & in l. 1. verbo scientes C. de his, que ut in dign. text. in l. quam rem 38. ff. de usucap. l. pro emptore 2. §. separata 1. pro empt. l. bona fidei 48. §. 1. l. questum 40. ff. de acquir. rer. domin. l. qui bo a fide 23. §. 1. eod. tit. Gilkenn. in §. si quis à non domino 36. in fine de rer. divis. Joan. Garcia de expens. cap. 23. num. 11. Anton. Fab. de error. pragm. dec. 24. error. 10. & dec. 26. error 9. Schifordeger. lib. 3. ad Anton. Fab. tract. 22. quest. 7. Anton. Pichard. in rubric. de usucap. num. 4. Donel. lib. 4. comm. jur. civil. cap. 24. Marc. Lycla. lib. 3. membr. e. loga 2. in quo neque Petro Friderico Mindano parcimus, qui *supradict. loc. num. 15.* hanc malæ fidei definitionem admittit, neque viro valdè Docto. D. Francisco de Amaya *lib. 4. observation. cap. 2. num. 8.* eam supponenti, & affirmanti illam esse secundum communem acceptionem. Itaque illà omiſſa, plausibilior mihi videtur Cujacij definitionis dicentis malam fidem esse scientiam injustæ possessionis: & idè ipse tenet *lib. 6. ad African. in l. & generaliter 18. ff. de noxal. action. scientiam rei alienæ non esse proutin malam fidem, sed scientiam injustæ possessionem: cujus rei exemplum extat in dict. l. & generaliter in his verbis: & secundum hæc usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam, quam definitionem etiam probant text. in l. si finita 15. §. Julianus scribit 16. §. sed in veltigali 27. l. pratoris 5. ff. de damn. infest. Idem Cujac. *lib. 18. observat. cap. 25. & lib. 9. respons. Papin. in l. qui solidum 78. §. ult. ff. de legat. 2. Valqujus 2. illustr. controu. cap. 72. Gilkenn. de prescrip. part. 2. membr. 2. cap. 5. num. 13.***

9 Et plus docet Osuvaldus *dict. lib. 4. comm. Donel. cap. 24. liter D.* dominum nempe ipsam rem suam quandoque mala fide possidere posse; nam si dominus ejecerit alterum de possessione fundi, qui de jectis erat, tenetur interdicto unde vi l. sequitur 4. §. si dominus 26. ff. de usucapion. ibi: Si dominus fundi possessorem vi dejecerit; Cassius ait non videri in potestatem ejus rediisse, quando interdicto unde vi restitutus sit possessionem, & tunc dicitur dominum hunc injustè possidere *dict. l. 4. §. tunc in potestate 12.* Ulterius emptor rei alienatæ à debitore in fraudem creditorum dominus efficitur, *l. hæc in factum 14. ff. qua in fraud. creditor.* quod obtinet, etiam si sciens creditorem fraudari, *l. si sciens 26. ff. de contrab. empt.* & tamen quod iste sit malæ fidei possessor, probatur ex eo, quod omnes fructus etiam percipiendos restituere teneatur, *l. ait prator 10. §.*

& fructus 20. ff. qua in fraud. creditor. Sic etiam dolo inducens ad vendendum dominus quidem efficitur, *l. dolus 10. C. de rescind. vendit.* alioquin enim dominium transferre non posset; & tamen malæ fidei emptor est, *l. si dolo 5. eod. tit.* Hoc ipsum probari videtur in *l. ni si quis 14. §. 1. ff. de religioſ. & sumpt. funer. ibi: Bona fidei possessor est, & dominium habet, quo in loco frustra à Jurisconsulto utrumque exprimeretur, si omnis dominus ex eo, quod dominus sit, bona fide semper possideret. Hæc ita, optimè quidem, Osuvaldus quamvis Author damnatus. Ex his lucem accipit text. in *l. qui scit 25. §. fin. ff. de usur.* qui manifestè affirmare videtur, eum, qui scit rem alienam esse, non proutin dici malæ fidei possessorem: ejus verba sunt: Bona fidei emptor scit, & antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse (ecce scientiam rei alienæ) an perceptione fructus suos faciat, quæretur; respondit bona fidei emptor quoad percipiendos fructus intelligi debet; quamdiu evictus fundus non fuerit &c. sed non obstante, quod cognovit fundum alienum esse, adhuc bonæ fidei possessor est, uti perspicue docetur in eo textu, & ut talis perceptione fructus suos facit, quos nō faceret si malæ fidei possessor esset, omnequod inditū est restitueret §. si quis à non domino 36. §. est rem 2. versic. est hereditatem in fine. de offic. judic. l. fructus 33. l. si navi 62. ff. de rei vindicat. l. sed est 25. §. quod autem 3. l. illud quoque 40. §. prado 1. ff. de hered. petit. l. 1. in fin. C. eod. tit. l. certum 22. C. de rei vindicat. l. litigator 2. de fruct. lib. & litium expens. idque contingit sive titulum possessionis habeat, si vè non habeat, *l. ait prator 10. §. per hanc ff. qua in fraud. credit. l. 1. in fin. C. de fid. & jur. hast. fiscal. dict. l. si navi §. fin. Petri. Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 8. num. 4. & seqq.* ergo non ex eo, quod cognoscit possessor rem, quam possidet, alienam esse statim fit malæ fidei possessor: sed tunc demum, quando cognoscit se injustam illius rei habere possessionem & sic melius explicatur natura bonæ fidei & *dict. §. fin.* quam fit per Marc. Lycla *lib. 3. membr. e. loga 2.* Itaque in *dict. l. qui scit §. fin.* rectè ait Consultus, quod bonæ fidei emptor intelligi debet, id est præsumi, in dubio pro eo haberi, (uti hæc vocula accipitur, in *l. 1. C. quando libell. Principi oblat.*) quamdiu evictus fundus non fuerit id est donec sententia contra eum dicta sit, quare inter moras judicii, qui non eo ipso quod litigat, scientiam injustæ possessionis habere convincitur, quamvis cognoverit rem, quam possidet alienam esse, fructus verè & jure domini, seu dominantis acquirat, quia adhuc bonæ fidei possessor est.*

Sed objicies: iste postquam lata fuerit contra eum sententia, omnes fructus restituit, quos percipit à die litis contestatæ tanquam non suos: ergo post latam sententiam retro creditur à principio litis contestatæ, malæ fidei possessorem fuisse, *l. item veniens 20. §. petitam 11. l. sed & si 25. §. de eo 5. §. & si ante litem contestatam 7. ff. de hered. petit. Donel. lib. 4. comm. jur. civil. cap. 24. Cujac. lib. 2. respons. Papin. in l. heres 51. §. 1. ff. de petit. hered.* Sed respondebis negando consequentiam: nam licet antecessens verum sit, puta quod post sententiam restituat omnes fructus, quos à die litis contestationis percipit, id non provenit ex eo, quod retro creditur ab eo die malæ fidei possessorem fuisse; hoc enim falsum est, nam permanet bonæ fidei possessor, & bonam fidem retinet adhuc post judicium acceptum, dum de injusta possessione non fuerit convictus, facit *l. si bona fidei 49. ff. de petit. hered.* ubi inter moras judicii bonæ fidei

fidei possessor dicitur, sed ex eo, quod judicio contrahitur *l. licet 3. §. idem scribit. ff. de pecul. l. de etate 11. §. qui interrogatus 9. ff. de interrogat. injur. faciend. l. delegare 11. ff. de novation. in rem 18. ff. de compensat. l. si pro patre 10. §. 1. ff. de in rem vers. l. si fundus 16. §. si pluri 6. ff. de pignor. l. injuriarum 13. ff. de injur. l. ut si 12. ff. de verb. signif. non solet cum l. seq. ff. de regul. jur. & quasi ex contractu omnis causa restituitur post sententiam latam, *l. illud 40. ff. de petit. hered. l. praterea 20. ff. de rei vindicat. l. vulgo 2. ff. de usur.* sic omnium optimè Osuvaldus quamvis Author damnatus *lib. 19. comm. Donel. cap. 14. liter. O.* explicat *dict. l. qui scit 25. §. ult. de usur.* quem sequitur D. Franc. de Amaya *dict. lib. 3. observat. cap. 2. num. 40.* qui etiam *num. seq.* explicat, quomodo intelligendus sit text. in *dict. l. sed & si 26. §. si ante litem 7. ff. de hered. petit.* ubi dicitur post litis contestationem omnes esse prædones, nempe ut quemadmodum prædones tenentur omnia restituere quæ perciperunt, aut percipere debuerunt, vel dolo possidere desierunt; ita bonæ fidei possessor ex tempore contestationis si condemnetur, sequuta condemnatione quoad restitutionem talem faciendam, tanquam prædo sentendus sit, ita ut quantum ille restituit, hic etiam restituere teneatur: diversos tamen eos facit causa restituendi; nam prædones propter dolum restituunt, *dict. l. sed est 25. §. si ante litem:* bonæ fidei verò possessores quasi ex contractu restituere tenentur, quia ut diximus judicio contraxerunt, & sic melius conciliatur text. in *dict. l. qui scit §. fin. cum l. bona fidei 48. §. in contrarium 1. ff. de acquir. rerum domin. quàm eo modo quo eos conciliare cum Accurf. intendit Fachin. controu. jur. cap. 59. & hoc sensu intelligendus est etiam text. in *l. questum 91. §. fin. ff. de legat. 1. & non eo modo quo vult Christoph. Bafoldus in delibatis juris lib. 5. pandect. quest. 33.* ita utens per illum textum generaliter per litis contestationem statim induci malam fidem, nam ex eo quod ab eo tempore restituatur omnis causa, non sequatur ob malam fidem restitui, ut dicemus infra *hoc lib. c. 8. n. 5. in fin. cetera vide apud eundè D. Franc. de Amaya d. n. 40. & seqq.* Quibus manifestissimè est ex sola scientia rei alienæ non induci proutin malæ fidei, sed tunc demum induci, quando scientiæ rei alienæ conjungitur scientia injustæ possessionis: quomodo accessisse credendū est; in *l. qui bona fide 23. §. 1. l. bona fidei 48. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. & sic intellectæ non obstant illæ leges huic legi qui scit 25. §. ultim. ff. de usur.* Quæ loca alij aliter, licet non feliciter conciliant, est videre ut apud eos quos adduci Osuvald. *d. lib. 4. cap. 24. liter. H. Cujac. ad Papin. lib. 2. respons. in d. l. heres 51. §. 1. ff. de petit. hered.* Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 6. num. 19. & c. 8. n. 17. Manet ergo firma definitio malæ fidei quod sit scientia injustæ possessionis, ut placuit Cujacio maximo viro.**

11 Ad hoc enim ut quis credat justam se habere possessionem, sufficit, ut aperte cognoscat justæ se habere causam posside id: veluti si quis emerit rem alienam ab eo, cujus esse credebatur, justam causam possessionis habet, id est justum titulum emptionis, & venditionis; cause enim nihil aliud sunt, quàm tituli, quibus possidemus, *l. possideri 3. §. genera 21. ff. de acquir. possess. nec ulla 13. §. 1. ff. de petit. hered. l. 1. ff. pro doct. l. nullo 24. C. de rei vindicat. l. ult. C. de usucap. pro hered. l. diutina 4. C. de prescrip. long. temp. §. si quis 35. in fine. de rer. divis. Donel. lib. 15. comm. jur. civil. cap. 14. Osuvald. ibid. liter. D. Rebard. de aut. prudent. c. 7. pag. 988.* Et nihil interest, nec juvat, si quis contraxisset contractum illan, qui potest esse

causa possidendi idonea, veluti emptio, & venditio, &c. si etiam illum contractum non conceperit justè, id est ex bona fide: Nam et si possit contractus esse etiam tunc, quando emptor scit rem alienam esse illam, quam emit, quia rei alienæ venditio valet, *l. rem alienam 28. ff. de contrab. empt.* non tamen est justus contractus, ex quo possit dici justa possessio: & ita qui ex ea causa accepit, credere debet illam rem, vel venditoris esse, vel venditorem jus venditæ habuisse, puta procuratorem, vel tutorem esse, *l. bona fidei 109. ff. de verb. sign. l. improba 7. C. de acq. poss.* Et tunc emptor dicitur justam habere possessionem, & hanc justâ possessionem esse, quado ex titulo per bonam fidem contracto possessionem quis nanciscitur: quæ bona fides sufficit, ut tempore quo res vendita traditur, adit; licet tempore celebrati contractus emptor sciret se emere rem quæ aliena, & non venditoris erat; veluti si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratum habeat, traditionis tempus inspiciendum, remque meam fieri uti tradit Papinianus *l. iusto errore 44. §. 1. ff. de usucap. l. plerumque 3. ff. pro hered. l. pro emptore 2. in fin. princ. ff. pro empt. Ita & Ulpianus in l. si aliena 20. ff. de usucapion.* bonam fidem traditionis tempore exigit in emptione, & venditione ad hoc ut usucapio rectè inchoetur, neque tempore contractus illam exigit. Quibus obstat *dict. l. 2. §. 1. pro empt.* ubi Paulus utroque tempore exigit bonam fidem, tempore scilicet contractus, & traditionis in quo emptionem, & venditionem à cæteris contractibus distinguit ibi: quia in cæteris contractibus sufficit traditionis tempus &c. Sed hæc concilianda sunt cum Cujacio asserenti in supradictis legibus subaudiendam esse hanc voculam etiam, ut hunc sensum faciat, non solum tempore emptionis, sed etiam tempore traditionis bonam fidem adesse debere. Cujac. in *dict. l. si aliena 10.* Duaren. *tit. de usucapion. cap. 2. in fin.* quos refert, & sequitur Osuvaldus *lib. 5. comm. Donel. cap. 17. liter. D.* ubi rationem differentiæ, quam Donellus tradit circa hæc res in emptione, & venditione, & in cæteris contractibus probat. Et hæc ita se habent, ut quis justam habeat possessionem, quæ ex bona fide concepto titulo veluti ex emptione, & venditione constituitur, & in aliis contractibus ex præcedente contractu, & ex bona fide, quæ adesse debet tempore, quod res traditur.

Alia verò ratio est ejus, qui scit; & non ignorat, ut rem alienam esse; Itaque si quis sciens emerit fundum ab eo, cujus non erat, vel quamlibet aliam rem dono acceperit, pro emptore quidem, & pro donatario possidet *dict. l. 2. ff. pro empt. ibi: Pro emptore possidet, qui rem vera emit, & §. 1. ejusd. l. præcipue si ab emptore pretium non numeratum fuit, nemo enim est prædo, qui pretium numeravit, l. nemo 126. ff. de regul. jur. l. nec ullam 13. §. si quis sciens 8. ff. de petit. hered.* Unde etiam si alienam emit hereditatem, ut emptor utili actione petitionis hæreditatis teneatur, non quidem habet bonam fidem; tamen possessor est, & ratione fidei, usucapionis quæ pro possessore, & prædone habetur, qui ex eo, quod malam fidem habet, usucaperè non potest: quâ ratione Jurisconsultus Paulus in *dict. l. 2. §. 1. ff. pro empt. Separata,* inquit, est causa possessionis, & usucapionis; nam verè dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat & text. in *l. non solum 33. §. 1. ff. de usucapion.* ibi Julianus ait: si quis emerit fundum sciens, ab eo cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem à domino emerit &

incipiet pro emptore possidere: idemque juris erit, etiam si à non domino emerit, cum existimaverit eum dominum esse, text. in *diēt. l. nec ullam diēt. § si quis sciens* ibi: Si quis sciens (inquit Ulpianus) alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet; & sic putat ab eo hereditatem quidam putant. Neque huic sententiæ obstat quod ibi Ulpianus ait: quam sententiam non puto veram, id enim non est referendum, neque intelligendum quasi non verum putet, quod qui sciens aliam rem emit, pro possessore possideat; sed eo se confert, ut eorum non probet sententiam, qui hujusmodi emptorem tanquam prædonem directo petitionis hereditatis iudicio teneri volebant, cum potius utili teneatur ex eo, quod prædo videri non debeat ille, qui pretium numeravit; nihilominus tamen interea ratione malæ fidei, & usucapionis pro possessore, & prædone, vel quasi habeatur, uti Ulpianus ibi tradit, & Julianus in *diēt. l. non solum* profitetur, & affirmat. Neque quod Paulus in *diēt. §. separata* ait, scilicet quod ejusmodi emptor pro emptore possideat, quidquam facit contra Julianum in *diēt. l. 33.* idem negantem, vel potius restringentem ad eum casum, ut pro emptore tunc possidere incipiat, cum ab ipso domino eundem fundum antea alienum emerit: nam in *diēt. l. 33.* pro emptore possidet bonæ fide: quod nisi in eo casu fieri nequit: in eo verò §. *separata* pro emptore possidet mala fide: & ita neque in hisce legibus pro hoc casu, neque in aliis pro aliis speciebus ulla est anthynomia, si rectè verba, & mens legum percipiatur, ut optimè docet Frideric. Mindan. *de acquir. possess. diēt. cap. 6. num. 17. & seq.*

Et in summa possessio malæ fidei fit ex scientia injustæ possessionis secundum modum, quem in superioribus explicavimus, scilicet quod fiat accedente licito, & usitato titulo; tamen illo concepto, & contracto cum mala fide, & scientia rei alienæ. Aliud etiam injustæ, seu malæ fidei possessionis genus nascitur ex non licito, seu per jus reprobato titulo: & tunc etiam si partium adit perfectus consensus, tamen absque bona fide nascitur possessio procedente ex causa legibus r. probata. Exemplum extat in eo casu, quo uxor viro, aut vir uxori donat: nam tunc pro possessore, & mala fide possidetur, *l. quod uxor 16. ff. de acquir. possess. l. per servum 52. ff. de acquir. rer. domin. l. si uxor filio 19. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Neque solum hic donationis titulus inter virum, & uxorem malæ fidei possessionem constituit, sed etiam quilibet alius titulus à jure reprobatus: unde si sciens à furioso emero, pro possessore possideo: item si à minore duodecim annis nupta mihi, quasi dotem sciens accepi, vel si legatum mihi scienti solutum est ex falsa causa, utique pro possessore possideo, *diēt. l. nec ullam 15. §. 1. ff. de petit. hered.* & istos, & similes acquirendi modos jura, atque leges improbarunt: quod autem contra jus fit, id contra bonam fidem fieri necesse est, cum ad bonam fidem requiratur iustus titulus iustè conceptus, partium voluntas, & juris auctoritas, qua & iustis saltem erroris ratio haberi solet *l. iusto errore 44. ff. de usucapion.* iustus autem error tantum error facti est, non juris, quod omnibus constare præsumitur, & utique constare debet *vir. ff. & C. de jur. & fact. ignor.* Unde non mirum est, ut possessio legibus vetita sit etiam injusta, & possessor contra leges pro possessore tantum possideat, qui semper malæ fidei est: pro possessore enim prædo possidet, *l. pro hered. 11. §. fin. ff. de hered. petit.* Et hinc descendit communis illa Doctorum sententia, quod contra

jas possidens non præsumatur bonæ fidei possessor; Hinc etiam illud, quod jure constitutum est, ne res litigiosa alienetur *vir. ff. & C. de litigios.* de quibus vide quos adducit Osuvald. *lib. 9. comm. Donel. liter. P. & duobus seqq.* Propterea si post moram controvertiam qui comparavit ab hærede scripto aliquam bonorum partem, sciens illatam esse questionem; tam ipse quam ejus hæredes, quasi malæ fidei possessores, fructus restituere compelluntur, *l. si post. 2. C. de petit. hered.* Eadem ratione præsumitur mala fides, quando sciens, quis emit ab eo, cujus bonis interdictum erat: tunc enim ex eo, quod contra jus emerit, præsumitur mala fide emere, *l. qui fundum 7. §. qui sciens 5. ff. pro emptore text. in l. qui contra jura 82. de regul. jur. in 6. l. quemadmodum 7. C. de agricol. & censu. lib. 11. tit. 47.* Frideric. Mindan. *diēt. loc. num. 25. & tribus seqq.*

Ex his, quæ verè scriptis *num. super. difficultatis* redditur decisio textus, in *l. sed etsi constante 25. ff. de donat. inter vir. & uxor.* ibi Terentius Clemens hæc scribit: Sed etsi constante matrimonio res aliena uxori à marito donata fuerit, dicendum est confessum ad usucapionem ejus uxorem admitti, quia etsi non mortis causa donaverat, ei non impediatur usucapio &c. Ex quibus verbis pro ratione dubitandi sic conficio argumentum. Vel hæc uxor, qui à marito res aliena donata est, sciebat rem illam alienam esse, vel credidit propriam mariti fuisse, primo casu, nempe si scit rem alienam esse, incepit mala fide possidere: & quia deficit bona fides, necessaria valdè res ad rectè inchoandam usucapionem, usucapere uxor non potest: in secundo, si credidit illam rem mariti esse, errat in jure præsumens donationem inter virum, & uxorem valere, contra, *l. 1. & tot. tit. de donat. inter vir. & uxor.* & usucapere non potest, quia juris ignorantia in usucapione negatur prodelle, *l. juris 4. ff. de jur. & fact. ignorant. l. pro emptore 2. §. si à pupillo 15. in fin. ff. pro emptor. ergo uxor hæc rem alienam à marito donatam usucapere non poterit: sed non obstantibus his usucapere posse affirmat Consultus in *diēt. l. sed etsi constante*: ergo vel mala fides non provenit ab injusto titulo, & à legibus reprobato, vel ignorantia juris non nocet: ac per consequens falsum est id omne, quod in *num. præcedentib.* docuimus: eandem speciem continet text. in *l. si vir, 3. ff. pro donat.* Neque satisfacies, si cum Cujacio in *diēt. l. 3. & Duaren. in l. 1. §. si vir uxori 4. ff. de acquir. possess. & Osuvaldo lib. 5. comm. Donel. cap. 14. liter. B.* quem etiam vide *cap. 6. liter. G. dixeris*, quod in hac specie respectu extraneorum valeat donatio inter virum, & uxorem: & toties illam justam esse, quoties per eam conjux non fit pauperior. Et licet assentior rationi viri doctissimi D. D. Martini de Latreategui *lib. 4. selectar. jur. civil. disputat. cap. 9. num. 8.* dicentis non semper, & ubique donationem inter virum, & uxorem inutilem esse; sed solum in eo casu, quo qui donat, de patrimonio suo diminuit; & is, qui accipit, locupletior fit: quæ circumstantiæ si cessent, utilem esse donationem hanc passim statuerunt Consulti, *l. si sponsus 5. §. concessa 8. cum seqq. inaximè verò in §. si maritus 12. & §. cum igitur 16. l. quod autem 7. §. 1. diēt. l. sed etsi 25. l. sed si vir. 31. §. quod legaturus 7. & §. fin. ff. de donat. inter vir. & uxor.* indeque provenire fructuum percipiendorum (industrialium puta) & usurarum donationem inter conjuges admittam esse, *l. ex animo 15. §. 1. l. de fructibus 17. ff. eod. tit.* junctis his, quæ tradit Schifordeger. *lib. 2. ad Anton. Fabr. tract. 28. quest. 1.* & illa ratione ullam meliorem*

meliorem esse posse ad propositum, de quo ibi agit vir valde eruditus; tamen superiorem difficultatem non dissolvit, totum enim negotium ibi consistit in errore juris, vel mala fide, ut acutissimè tradit (sicut cætera solet) Anton. Fab. *lib. 7. conjectur. cap. 13.*

Ipse verò eam controversiam rectè componit dicens in eo casu plus esse in veritate, quam in existimatione: id è què in *diēt. l. sed etsi constante* iustum titulum, si utique bonam fidem ad rectè inchoandam usucapionem intervenisse, sufficit enim non esse prohibitam donationem, quando res aliena sit, quæ inter conjuges donatur: quod expresse notat Consultus in his verbis: *quæ quia aliena est, usucapi potest*: nam ita contingit nullum mulieris intervenire errorem circa jus in illa lege, etiam si putet contractum hunc valere: quamvis enim error sit in causa, ut Castrensis loquitur, aut potius in genere, quoniam ignorabat mulier prohibitas esse inter virum, & uxorem donationes; ignorabat certè: attamen contigit in specie donatio, quæ prohibita non erat, nempe de re aliena: idè quia in veritate contigit donatio inter virum, & uxorem licita; existimatio falsa non nocuit mulieri, quia hæc cessit veritati, & rei ipsi. Eadem ratione ipse Antonius Faber ait eum, qui rem alienam à pupillo emerit, non adhibita eâ solemnitate, quæ in alienandis rebus pupillaribus à jure exigitur, posse eam rem usucapere adversus verum dominum: non propter errorem juris, aut facti: nam uterque malæ fidei potius, quam bonæ fidei præsumptionem inducit, sed propter factum ipsum, rei quæ veritatem, quod re vera res, quæ empta est, non fuerit pupilli, sed aliena: nam & in hac specie, ut in *diēt. l. si vir, & l. sed etsi constante*, plus est in veritate, quam in opinione, *l. regula 9. §. qui ignoravit 2. ff. de jur. & fact. ignor. §. 11. in fin. de legat. l. si pater 4. §. quoties 1. ff. de manum. vindict. de qua regula, & ei contraria agit Fab. *diēt. loc. & D. D. Melchior de Valentia illustr. tract. 2. cap. 7. num. 8.* Quibus etiam constat, firmissimum esse quod hoc *cap. n. 13.* diximus, absque titulo iusto, & iustè concepto bonam fidem constitui non posse, & talem absque titulo iusto, vel iusto quidem, tamen injustè inito, justam non posse haberi possessionem, neque efficacem ad usucapionem constituendam.*

His quæ circa malam fidem diximus, cognoscitur facile quæ sit bona fides: nam ex vi, & natura contrariorum statim circumstantiæ, quæ rem oppositam constituunt, apparent, ut rationatur Imperator Justinianus in *prin. instit. de his, qui sui, vel alieni juris sunt*; ibi ait: *Videamus itaque de his, quæ alieno juri subiecta sunt, nam si cognoverimus, quæ ista persona sunt, simul intelligemus quæ sui juris sunt, l. 1. ff. eodem tit.* Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 1. princip. 2. illat. §. & tit. 7. princip. 1. in princip.* Itaque bonæ fidei possessio est iusta possessio, in qua auctoritas juris, & titulus iustus, & iustè conceptus accedat; neque scientiæ rei alienæ nocet bonæ fidei, dum titulus iustus fuerit: & idè si quis sciat rem esse alienam, iustum tamen titulum possidendum habeat, bonæ fidei possessor erit; quia bona fides (ut diximus) non constituitur ex ignorantia rei alienæ, sed ex scientia iustæ possessionis, titulo iusto, & iustè concepto acquisitæ. Hoc tamen observandum est, quod possessio suo initio iusta superveniente temporis legitimi transcurso fiat, & habeatur pro iusta, & bonæ fidei: ad quod duo principaliter necessaria sunt: primò, si possessio legitimis rationibus acquisita fuerit præcedentè

titulo, tunc longum tempus sufficit ad justificandam possessionem, non obstante quod forsan, & jus titulo acquisitionis, & factæ alienationi possessionis ab initio contradixerit, cum regula generalis sit, quod longa patientia prioris possessoris, qui fortassis se iniquiorem esse dicat, justificet possessionem novi possessoris, ut ex Bart. Panorritano, Innocentio, Baldo, & aliis docet Petrus Frideric. Mindan. *de acquir. possess. cap. 6. num. 19.* Secundò è contrà si nullus titulus ad corroborandam possessionem possit allegari, tunc longissimi temporis hoc est triginta annorum transcurso possessio bonæ fidei, & iusta reputetur; quia tanti temporis munitus privilegio qualicumque possessor contrà antiquiorem possessorem obviat, Bartol. in *l. cum quærebatur fin. C. unde vi. diēt.* Frideric. Mindan. *supra diēt. loc. num. 20.* qui hæc omnia probari docet ex *l. omnes 4. l. cum notissimi 7. & seqq. C. de præsc. trig. vel quadrag. annor.* quibus in locis omnis actio, omneque jus triginta, vel certis in casibus quadraginta annorum silentio ita forsitur, ut tanti temporis privilegio roboratus possessor, vel quilibet alius contra omnes controversiam mouques tutus evadat.

Adjiciendus est nunc oculus ad ea, quæ scriptis *17* mus supra *hoc capite numero 4. in fin.* affirmantes justam possessionem ex bona fide possidentis provenire: & idè non esse rectam consequentiam dicere: civiliter possidet; ergo iustè possidet: & è contrà hanc propositionem esse rectissimam, bonæ fide possidet; ergo iustam habet possessionem, ac per consequens iustè possidet. Itaque cum iusta possessio merienda sit ex iusta possidendi causa, ut in præcedentibus abundè docuimus, quid prohibet ut illi, qui naturaliter tantum possident, quales sunt comodatarii, depositarii coloni, & similes, quos enumeravimus supra *cap. 3. n. 6.* nè iustè possideant, & iustam possessionem naturalem habeant; nam possident vero, & iusto præcedente titulo possessionis naturalis pro commodato, deposito, locato &c. possident etiam voluntate domini id permittentis, quo nihil justius esse potest. Ergo (ut unà clausulâ concludamus) falsitatis argui meriti debent quicumque civilem possessionem, eo quod civilis sit, iustam esse debere credunt; è contrà verò naturalem injustam esse affirmant. Itaque civilis, & naturalis possessionis acceptiones verissimas esse eas, quas nos tradidimus supra *cap. 3. per tot. & præcipuè num. 9.* credendum omnino est.

CAPUT VII.

Agitur de quibusdam aliis possessionis speciebus.

SUMMARIUM.

1 De quadam specie possessionis, quæ dicitur momentanea, vel momentanea. *l. 8. C. unde vi. l. fin. C. qui legit. per. l. 1. C. si per vim, vel alio modo, l. unica. C. de moment. possess. adducuntur.* Momentanea possessio unde derivationem sumpserit, ostenditur. *Quomodo intelligenda sint verba, l. 8. de alin. legat. & l. 20. C. de inoffic. testam. docet. l. 79. de acquir. hered. l. 44. de acquir. possess.*

- referuntur.
- Quid sit momentarium interdictum, edocetur.
- Quid sit fiduciaria possessio, demonstratur.
- An in regnis Castellæ procedat rit. de moment. possess.
- 2. Agitur de possessione litigiosa & qua sit illa ex l. 1. de litigios. ostenditur.
- Quid sit apud Gallos possessio recedentis apud Hispanos interim, apud Italos nova provisio, demonstratur.
- Tenuta quid apud Italos, si traditur.
- 3. Qua sit possessio vacans, & ubi ejus mentio fiat, acceditur.
- An sit possessio vacua illa, quam occupat nudus detentator?
- Agitur de conciliatione dupl. sententia diversa.
- An possessio vacua dici possit illa, qua inta non sit?
- Quid apud Doctores si plena, & semiplena possessio, traditur.
- 4. Quid sit bonorum possessio, & an pertineat ad hunc tractatum, ostenditur.
- An bonorum possessio rectè dividatur in edictalem, & decretalem? & num. seq.
- Qua sit decretalis bonorum possessio definitur.
- Utraque bonorum possessio in quo distinguatur, ostenditur.
- Doctorem opinio de decretali, & edictali bonorum possessione refertur.
- 5. Traditur edictalis bonorum possessionis definitio, l. 1. §. 7. ff. de successor. edicto.
- Adducitur l. 1. §. 1. ff. si tabul. testam. null. l. 30. §. 1. de hered. petit.
- 6. An detur possessio, qua naturalissima apud Doctores appellatur?
- An possessio civilissima sit distincta species à civili possessione?

UT absolutam omni ex parte demus studiosis hanc possessionum materiam, quædam genera, seu species possessionis breviter percurrere tradam: quæ quidem species, seu genera in modo tantum possessionis differunt: cæterum quoad substantiam vel referendæ sunt ad genus civilis possessionis, vel naturalis. Et primò est quædam possessionis species, quæ momentanea, vel momentaria dicitur, in l. momentaria 8. C. unde vi, l. final. C. qui legitim. pers. l. 1. circa medium C. si per vim, vel alio mod. de qua possessione agitur, in l. unica C. si de moment. possess. fuer. appellat. & dicitur momentanea possessio ex eo, quod forsitan momento saltim duret, & durare sic apta: vel ex eo, quod quasi mutabilis sit: quæ licet victori assignetur, tamen auferri iterum & breviter potest, si in plenario possessorio, vel petitorio adversarius doceat, se meliori jure munitum esse. Et simili significato Papinianus hac vocula utitur, in l. pecuniam 8. ff. de aliment. vel cibar. legat. ibi: Nam ea res presentem, & momentarium curam injungit. Imperatores Diocletianus, & Maximianus, in l. filio 20. C. de inoffic. testam. ibi: neque ex momentariis voluntatibus matris l. placet 79. ff. de acquir. hered. ibi: Neque momento aliquo subsistere in persona ejus l. denique 3. §. minorem 3. ff. de minor. ibi: Ita erit dicendum, ut à momento in momentum tempus spectetur l. peregre 44. ff. de acquir. possess. alioquin resposuros per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem Caesar Contard. ad dist. l. unicum C. si de moment. possess. in rubric. num. 15. & seqq. Momentum ergo dici-

tur illud breve spatium temporis intra quod possessorium plenarium, vel petitorium in judicio disputatur: itaque ex eo Imperator in dist. l. unica cum de possessione, & ejus momento causa ventilatur (inquit) ubi possessionis momentum intelligitur illud temporis spatium, quo possessio evinci, vel avocari potest: quemadmodum & horæ spatium, momentum appellatur, Horat. lib. sermon. satyr. 1. ibi: Quid enim concurrat, Hora momento cita mors venit aut victoria laeta. Et ita interdicta nisi possidetis, unde vi, & similia, quæ plenum possessionis præjudicium non habent, momentaria possessionis interdicta vocantur, l. momentaria 8. C. unde vi, ibi: Momentaria possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel privatam, l. 1. si per vim, vel alio mod. absent. petitor. sibi. possess. Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 7. num. 2. 3. qui num. seq. huic possessioni proximam, & similem esse illam, quæ fiduciaria vocatur, ait: Cæsar Contard. dist. loc. num. 4. 1. quæ quidem nihil aliud est, quam illa possessio, quæ traditur fide data, & accepta sub eventu appositæ conditionum. De hac momentaria possessione agit Donel lib. 28. comm. jur. civil. cap. 6. & ibi Osuvald. liter. H. H. adducens Gomecium, Sarmiento, & alios plures. Et in his regnis Castellæ non procedere hunc titulum tradit Molina de primog. lib. 3. cap. 13. num. 19. Covarruv. practicar. questio. cap. 2. 3. num. 8. versic. pari sane. Gaspar Rodriguez de ann. redditib. lib. 1. que. 17. num. 49. Felician. de censib. lib. 3. cap. 1. Azevedo in l. 6. tit. 18. lib. 4. recopilat. num. 6.

Alia species possessionis est litigiosa, quæ non minus, quam res ipsa litigiosa vocari potest quando de ea mota est controversia judicialis, l. 1. ff. C. de litigios. & utrobique D. D. Alia est possessio, quæ apud Gallos recedentis dicitur: apud Hispanos interim: apud Italos nova provisio: quam possessionem ex partibus de ea contraventibus iudex assignat, illi, qui potiora jura habere videtur; non ut illam perpetuò habeat, sed interim quo plenariè de possessione cognoscatur, penè vincentem remaneat. Rebuff. rep. consil. tom. 2. tit. de mater. possessor. art. 1. glof. 1. num. 10. Menoch. remed. retinend. num. 10. Covarruv. practicar. questio. cap. 17. Papon. de arrest. lib. 8. tit. 11. de recreanco. & est species momentaria, seu fiduciaria possessionis. Tenutam quoque Doctores Italici illam appellant, quæ ex primo decreto conceditur in causam vel iudicati, vel obligationis, vel instrumenti, & cautionis &c. Quintilian. Mandos. de inhibit. quest. 72. sæpè tamen pro momentaria possessione, quam quis habet, in genere usurpari tradit Frideric. Mindan. dist. cap. 7. num. 6. & 7.

Uterius, alia species possessionis est, quæ dicitur vacans: quæ quidem possessio est illa, quæ à nemine neque animo neque corpore habetur, & occupatur, l. si in emptione 2. §. 1. & l. 7. ff. de action. empt. Donel. lib. 4. comm. jur. civil. c. 19. facit l. si me in vacua: 4. ff. de acquir. possess. glof. in l. non idcirco C. de fid. instrum. l. improba. 7. C. de acquir. possess. §. furtivè 2. versic. quod autem insit. de usucapion. ibi: loci vacantis possessio nem. Menoch. recuper. rem. 13. num. 4. Unde condemnatus ut vacuum possessionem tradat, vel restituat, non liberetur, si ab alio ullo solius rei servandæ gratià teneatur, sive occupetur dist. l. 2. §. 1. de action. empt. ut ex Ferrero in l. 3. num. 39. ff. de usucapion. tradit Frideric. Mindan. dist. loc. quamvis alij illam possessionem vacuum esse affirmant, in qua nudus tantum detentator sicut Menoch. dist. loc. rem. 3. num. 10. Covarruv. dist. cap. 17. Angel. in l. in conventionalibus 52. §. si quis vacuum 1. ff. de verb. obligat.

obligat. Cæsar Contard. ad dist. l. unicum C. si de moment. possess. limitat. 21. quæ sententia verior videtur. Sed has duas opiniones sic Fridericus Mindanus conciliat ex ratione effectus veræ possessionis: nam detentatoribus interdicta non dantur, l. officium 9. ff. de rei vindicac. & illo respectu possessio vacua rectè dicitur; attamen quia non est libera respectu illorum, quibus vacua tradenda est; quia qualiter qualiter à detentatoribus est occupata, ex eo contingit, ut diversa hujus rei ratio sit quemadmodum nec possessio vacua intelligitur, quæ minus tuta sit, vel ad alium transferatur Bart. in l. ratio 3. §. si emptor vacuum 1. ff. de action. empt. text. in capite Pisanis 19. extra de restitut. spoliator. Plenam possessionem habere dicunt, qui habent civilem simul, & naturalem detentionem Bald. in l. mater 5. C. ad S. C. Tertull. Jason in l. hujusmodi 84. §. ades 4. ff. de legat. 1. Semiplenam verò possessionem eam esse definiunt, in qua; quis missus est rei servandæ causâ, Jason in l. traditionibus 20. C. de pact. Alexand. ad Bartol. in dist. l. 2. §. 1. de action. empt. idem Jason in §. virsus 5. injur. de action. Sed quia omnes isti in definienda civili, & naturali possessione, à qua pendet hujus plenæ, & semiplenæ possessionis ratio, firmem pedem non figunt, præcipuè cum jus plenum habere, & pleno jure possidere dicatur qui ut dominus possidet l. 1. C. de revocand. donat. Bald. in l. femina 1. §. illud 1. C. de secund. nupt. Ruin. conf. l. lib. 3. num. 5. & quia possessio cum jure dominij, vel usufructus nihil commune habeat, ut in superioribus diximus; idè Fridericus Mindanus dist. loc. num. 1. docet plenam possessionem habere illum, qui civiliter simul, & naturaliter possidet; semiplenam qui non sibi, sed alteri detinet.

Ad hunc tractatum proprie non pertinet bonorum possessio: est enim illa jus persequendi, retinendivè partionij si de rei, quæ cuiusque cum moritur fuit. Quam definitionem tradit, & explicat Donel. lib. 7. comm. jur. civil. cap. 14. & ibi Osuvald. abundè D. D. Melchior de Valentia tract. 3. de acquir. hered. part. 1. num. 56. Eam bonorum possessionem Doctores communiter distinguunt in edictalem, & decretalem: quam divisionem præter Duarenum in tit. de bonor. possess. cap. 5. Gothofred. ad rubric. dist. tit. Petrus Gregor. 43. synagm. 2. num. 6. etiam defendit Fachius lib. 13. controvers. cap. 36. Petrus Gilken. de prescript. part. 3. cap. 1. num. 9. & seqq. Donel. lib. 7. comm. jur. civil. cap. 14. D. D. Melchior de Valentia tract. 2. cap. 6. n. 11. & 22. & Donellus decretalem bonorum possessionem, de qua fit mentio, in l. 1. §. decretalis 7. ff. de successor. edict. ait esse eam, quæ datur ex decreto, & causâ cognita, l. utile 2. §. 1. quis ordo in possession. servet. pro tribunali l. bona 3. §. si causa 8. ff. de bonor. possess. Edictalem verò, de qua loquitur text. in l. 1. §. sed et si 4. ff. si tabul. testam. null. extab. und. liber. esse illam, quæ datur sive causâ cognitione, & ex edicto solo competit: & in hoc differri utramque bonorum possessionem, quod decretalis licet etiam detur ex edicto prætoris, l. si impubes 7. §. si pupillus 7. ff. de carbon. edict. junctâ l. cum mulier 10. §. l. quaritur 14. eod. tit. non tamen detur ex solo edicto, ut datur edictalis: sic Donel. dist. loc. & in operib. posthum. ad l. per. & ult. C. qui admitti. ad bonor. possess. & quo temp. testant. & approbante Osuvaldo d. c. 14. liter. P. Doctores verò edictalem vocant, quæ ex edicto prætoris mortui competeret, ex qua oriatur jus petendi decretalem bonorum possessionem: decretalem verò eam esse, quæ per prætorem vivum concedebatur, jus quævis respiciens, &c. latè Menochius, & DD. Hisiron. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

per eum relati adipsam possessionem, l. num. 9. & seqq. Michaël. Grel. §. bonorum possessio qual. 3. Vvesembec. §. fin. in sit. de bono. possess. Sed hæc sublineri nequeunt eadem enim ratione omnia interdicta in edictalia: & decretalia dividerentur: in edictalia, quatenus edicto continentur promptissimum remedium promittentia: in decretalia, quatenus prætor ex interdictis decretum interponit, & interdicit: quemadmodum & insulsum est, atque vana subtilitate excogitatum, edictalem bonorum possessionem ex edicto prætoris mortui competisse: prætor enim edictum poterat proponere, & nihilominus adhuc diutius supervivere: itaque utrumque genus explicandi, & distinguendi rejiciendum est.

Edictalis igitur bonorum possessio est, quæ prætor edicto suo jus successionis, & bonorū partis in casibus promittit, atque tribuit, l. 1. §. sed et si 4. ff. si tab. test. null. extab. u. d. liber. ibi: Sed et si ex Carboniano edicto bonorum possessio data sit, major est ut dicere debeamus ab intestato nihilominus posse peti: ut enim suo loco ostendimus, non impedit bonorum possessionem edictalem Carboniana bonorum possessio, extat. etiam text. in l. cum quidem 30. §. 1. ff. de acquir. hered. ibi: Quoniam mortis tempore qui in utro est, quantum ad moram faciendam inferioribus, & sibi locum faciendum si fuerit editus, quo iam nato habetur: idque per bonorum possessionem edictalem. Ex quibus apparet, quod edictalis bonorum possessio agnoscenti ex tēiore, & vi promulgati edicti statim competat, & habeatur: attamen quia edicto prætoris adhuc opus est, quando quidem etiam is, quia corporaliter, possidet hæc bonorum possessione experitur dist. l. 1. §. 4. l. si in genua §. si quis ex liberis 11. ff. ad S. C. Tertull. Vvesembec. in paratit. ad tit. de bonor. possess. eo decreto interposito ipsa edictalis bonorum possessio dicitur postea decretalis: de qua loquitur text. in d. l. 1. §. decretalis ff. de successor. edict. oide §. si quis ex liberis l. bona 3. §. si causa 8. ff. de bonor. possess. Et idè ex superioribus tenendum est, unam esse bonorum possessionem, edictalem scilicet, quæ ita competit virtute edicti promulgati; sed tamen quia decreto prætoris, ut eâ uti possit, adhuc opus sit, post interpositum decretum dicitur decretalis: & ita decretalis bonorum possessio eadem est edictalis, decreto prætoris præstituta; Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 67. num. 101. & seq.

Apud Doctores multoties fit mentio possessionis naturalissimæ: & dicunt naturalissimam vocari illam, quæ planè est corporalis, quando & quatenus naturalissimè quis rem tenet; atque premit suo corpore: ita naturalissima est possessio, quando manibus aliquid, aut pedibus premimus: vel naturalissima ea est possessio, quæ constat nuda tantum detentatione respectu veræ naturalis possessionis. Etiam mentionem faciunt civilissimæ possessionis, & eam appellant, quæ non tam animi, atque corporis apprehensione, quam vi & potestate legis, consuetudinis, aut statuti tenetur. Quemadmodum in Gallia, & multis partibus Italiæ statutum stare, ut possessio defuncti continuetur in heredem sine alio hominis factu; testatur Tiraquel. tract. le mort suisit le vis. id est mortuus investit vivum, & valere consuetudinè, vel statutum, quod disponit, ut possessio ipso jure absque ulla apprehensione id heredem transferatur, per text. in ca. literis extra de consuetud. And. Gail. lib. 2. observat. observ. 129. num. 13. Et quia hæc possessio subtilissima, & legis potius, quam apprehensionis, vel traditionis, & nihilominus tamè quia vera est adèd, ut pro ea competat interdicta possessoria; propterea dicitur eâ vocari civilissimam

Rebuti reg. consist. tom. 3. de mater. possess. art. 2. glos. 3. num. 10 Joan. Fab. in §. rei. euda 4. institut. de interd. dicit. num. 8. Menoch. adisiscend. rem. 4. num. 365. & seqq. & retinen. rem. 3. num. 59. Gabriel. lib. 5. de acquirend. possessio. conclus. 7. num. 3. Sed hæc possessio, & supra enumerata, quam vacant interpretetis coramillimam, nihil novi constituunt; quia hæc civilissima idem est, ac civilis possessio: nam lex supplet omnia, & pro civili possessione eam habet. sicut dicitur de creditore pignoratitio, qui vendendo rem pignoratam dominium eius rei, quod ipse non habet, transfert in emptorem, non obitante quod certum sit neminem plus juris in alium transire posse, quam ipse habet: tamen cum illa translatio dominij fiat ministerio legis, pro eadem habetur, ac si ipse dominus dominium transfuisset. Has species possessionis annotavimus, ut interpretum subtilitates attendantur potius, quam sequantur.

CAPUT VIII.

De commodatibus possessionis ratione fructuum, quos bonæ, vel malæ fidei possessor perceperit.

SUMMARIIUM.

- 1 Beatos esse possidentes propter commoditates possessionis dicitur. Principalior pars utilitatum in perceptione fructuum esse ostenditur. Quo jure percipiuntur fructus fundi demonstratur. Omnia quoad perceptionem fructuum ex bona, vel mala fide derivari ostenditur.
- 2 Mala fidei possessor, omnes fructus indistinctè restituit. Explicatur materia l. 40. de acquirend. rerum domin. §. 35. institut. de rerum divis. & num. seqq. Mala fidei possessor usque ad suam impensarum fructus suos facere docetur. Quomodo accipienda sit l. 38. de usur. edocetur, & l. 15. de cond. indeb. In re obscura favetur repetitioni potius, quam adventitio lucro. Superiora de necessariis impensis, non de utilibus intelligenda esse traditur. An sumptus utiles mala fidei possessor auferre possit, si absque rei læsione possunt tolli? An etiam furi permittatur compensatio impensarum l. 38. de hered. petit. Nemo cum aliena jacturâ locupletari debet. Quoad impensas que differentia sit inter mala fidei possessorem, & prædonem traditur. Adducitur l. 39. §. 1. de petit. hered. & §. 30. institut. de rer. divis. Bone fidei possessor sumptus petit, etsi nulli fructus sint, l. 37. de hered. petit.
- 3 Bone fidei possessor omnes fructus indistinctè suos facit. Contrariam sententiam à pluribus DD. admitti ostenditur. Nostram sententiam probari ex l. 45. §. 1. regund. l. 40. de acquirend. rerum domin. §. 1. institut.

- de offic. judic. docetur. An re evicta naturales fructus, etiam consumpti restitui debeant. Superior questio ex explicatione l. 25. §. 1. de usur. deciditur. Bone fidei possessorem plus juris habere, quam fructuarium ostenditur. Adducuntur l. 28. de usur. l. 7. l. 9. in princ. cum §. seqq. de usufr. l. 48. de acquir. rer. domin. & n. 6. & 7.
- 4 Superioribus valdè obviare l. 45. de usur. demonstratur, & illa seqq. n. explicatur. Antonij Fabri, qui creditur mendosam esse, d. l. contexturam, sententia refertur. Alia sententia recepta in Salmanticensi schola refertur. Illa quomodo à D. Francisco de Amaya refutetur, traditur.
- 5 Interpretatio, quam ipse ad dicit. ll. adhibuit, refertur. An inter virum, & uxorem valida sit donatio fructuum? Quo donatio sit non prohibita inter virum, & uxorem, ostenditur. An donatio valeat, si donator non fiat pauperior quamvis donatarius locupletetur? An donator debeat esse pauperior in re sua, ut donatio prohibita censetur? Non videtur quicquam amittere, qui possessionem duntaxat amittit. L. 46. de donat. inter vir. & ux. qua superioribus obstat, interpretatur. An possessionis donatio esse possit ex l. 1. §. 4. de acquir. possess. ostenditur. Explicatur l. 26. de donat. inter virum, & uxorem? Fructus usque dum à solo separentur, non sunt ejus, qui jus percipiendi habet. An prohibitio donationis inter virum, & uxorem fuerit facta etiam de futuris utilitatibus? Sententia D. Francisci de Amaya superiora refringentis ad solos fructus industriales, non admittitur. Ejus explicatio ad d. l. 45. verif. sicut nec cu juslibet de usur. non probatur. An ex eo quod restituantur fructus, rectè deducatur non fuisse pleno jure ejus, qui restituit?
- 6 Vera sententia circa acquisitionem fructuum absque limitatione defenditur. In §. 35. institut. de rer. divis. quomodo accipiantur verba pro cultura, & cura, ostenditur. D. l. 48. de acquir. rer. domin. iterum adducitur, & explicatur.
- 7 In bone fidei possessore qua distinctio observetur circa acquisitionem fructuum, traditur. Bone fidei possessio adversus eos, qui domini non sunt, loco dominij habetur. Duo domini unius rei neque esse intelligi possunt. Quomodo dominus possit quis esse, & non intelligi; & non esse, & intelligi, docetur. Traditur vera explicatio l. 45. verif. nec cu juslibet de usur.
- 8 Fructus industriales quomodo suos faciat absolutè bone fidei possessor, docetur. Quod perit sine dolo eius, qui dare debet, non tenetur debitor prestare. Quomodo accipienda sit l. 40. in fin. de acquir. rer. domin. traditur. Quo sensu accipiendus sit text. in l. 8. C. de donat.

- nat. inter vir. & ux. docetur.
 - 9 Superioribus obstat. l. 19. de donat. inter virum, & ux. & l. 57. de acquir. rerum domin. & num. seqq. Illi textus cogerunt Amayam ad amplectendam sententiam minus intam. D. D. Martini de Larreategui interpretatio ad d. ll. refertur, & non probatur.
 - 10 Auctoris interpretatio ad d. ll. refertur, & illustratur. An sit facienda omnimoda equiparatio ex acquisitione operarum servi ad acquisitionem fructuum fundi? Que sit diversitatis ratio inter utramque acquisitionem noviter redditur. Fructus fundi ex ipso fundo nasci, & pendentes, partem ejus esse traditur. Pars nihil aliud est, quam totum illud quod componit.
 - 11 In operis servorum non possunt esse fructus naturales. Quare in l. 29. de petit. hered. opera servorum dicantur locum fructuum obtinere? Quod acquiritur per servum nullo instanti apud eum esse posse docetur. Servus capacitatem acquirendi à domino suo accipit.
 - 12 Altera ratio diversitatis inter fructus fundi, & operas servorum traditur.
 - 13 An bone fidei possessor post mortem litem naturales tantum fructus restituat? Adducitur l. 22. l. 11. C. de rei vind. l. 25. §. fin. de usur. l. 27. §. 5. de rei vind. & n. seq. Donelli sententia putantis naturales tantum fructus restituendos esse refutatur. Contraria sententia ut probabilior, ejusque ratio evidens traditur.
 - 14 An pretium fundi evicti re debeat restitui bone fidei possessori, & à quo restituendum sit?
- Cum plures ex sua possessione commoditates sentiant possessores, idè glossa in cap. si judex 2. verif. si duo homines pro uno beneficio contend. lib. 2. feud. tit. 28. beatos esse possidentes ait: & quia principalior pars utilitatum in percipiendis fructibus consistit operæ pretium duxi de his (licet breviter) aliqua delibare, de hac materia agunt subtiliter Anton Fab. 4. conjec. 17. Govean. 2. var. lect. 15. Gilken. C. de rei vind. Godæ. in l. 109. de V. S. Ludou. Vitalis 1. lect. 19. Charond. 1. verif. 7. Cifner. & Cujac. in l. 4. §. fructus de usufr. Alber. Gent. 4. Epist. & lect. 19. Seips Geot. 2. de donat. int. vir. & ux. 17. Menoch. de arbit. judic. 2. cent. 3. cas. 220. Foto in pen. jur. civil. 18. Corral. 5. miscel. 13. & alij passim in hoc cap. adducendi. Marc. Lyclama. lib. 3. memb. egloga 1. & 2. seqq. Beloldus in delibatis jur. l. 5. pandect. quest. 32. 33. Et primò pro regula firmissima statuo, quòd si ipse dominus, vel fructuarus, sive alius in fundo severit, fructus percipiuntur jure soli, & non jure feminis, si qui fecit 25. §. 1. ff. de usur. ibi: Quoniam in percipiendis fructibus magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam feminis, ex quo oriuntur, aspicitur. Sed quia omnia circa percipiendos fructus à bona, & mala fide derivantur; idè quid juris sit in malæ fidei possessore, quid in bonæ fidei separatim docebimus; & primò de malæ fidei possessore.
- 3 Itaque malæ fidei possessor in odium injustitiæ, quæ omni jure reprobara est, fructus indistinctè omnes tã perceptos, quam percipiendos, stantes, & cõ-

suptos; industriales, naturales, & civiles, utpotè quos suos nõ facit, domino rei restituere tenetur, l. quasitum 46. ff. de acq. rer. dom. §. si quis à non domin. 35. institut. de rer. divis. de cujus materiæ explicatione agit Marc. Lycl. memb. lib. 3. egloga 1. & 2. seqq. & textus; quos adduxi supra c. 6. n. 9. verif. ex his. Cujus propositionis generalitas malæ fidei possessorem non excludit à deductione impensarum, nam ei fini fructus suos facit, quasi nec fructus intelligantur nisi deductis impensis, quæ eorum quærendorum, cogendum, conservandorum gratiã factæ sunt, l. fructus 4. §. 1. ff. de oper. servor. l. si à domino 36. §. ult. ff. de petit. hered. l. quod in fructus 46. ff. de usur. l. fructus 7. ff. de solut. matrim. l. fundus 5. ff. fam. ercisc. l. 1. §. ult. ff. de pign. alt. l. 1. in fin. princ. l. dote 5. ff. de dot. prelegat. l. quod dicitur 5. ff. de impens. in res dotal. fact. Donel. lib. 14. com. jur. civil. cap. 7. ibidem Oluvald liter. E. ubi notat; & etiam fieri æstimationem laboris in fructibus alligèdi, & in ipsius rei curâ, ac administratione impèdè per text. in cap. ad nostram pen. extra de reb. Eccles. non alien. Covarruv. lib. 1. variar. resolution. cap. 3. num. 3. Idem Oluvald. d. lib. cap. 8. liter. A. text. in l. pen. verif. impensarum, eod. tit. de impens. in res dotal. fact. & hoc sensu accipi oportet tota l. videamus 38. ff. de usur. Sic in re obscura, id est in pari culpa domini, & malæ fidei possessoris melius est favere repetitioni rei suæ, quam adventitio lucro; & ea de causa repetitionem rei suæ extendere usque ad retentionem, seu repetitionem fructuum, l. indebiti 13. ff. de cond. indeb. dicit. l. videamus 38. §. in Favianâ 4. ff. de usur. placet 22. ff. de verborum signific. l. non debet 41. ff. de regul. jur. Quæ omnia de necessariis impensis intelligenda sunt, vel talibus; quibus rei dominum locupletioem factum fuisse videatur: nam si solum utiles sumptus fecerit, licentia malæ fidei possessoris datur, ut eos auferat, si id fieri possit sine læsione prioris rei status, l. domus 5. C. de rei vindicat. l. in fundo 38. ff. eodem titul. l. planè 38. ff. de petit. hered. ibi: Planè in ceteris necessariis, & utilibus impensis possunt separari, ut bona fide quidem possessores hos quoque impentent: prædo autem de se quarè debet, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignus est in hujus quoque personâ haberi rationem impensarum, non enim debet peritor ex aliena jacturâ lucrum facere, & paulò post: Planè potest in eo differentia esse, ut bone fidei quidem possessor, licet res non stet, in quam fecit: sicut tutor, vel curator consequntur: prædo autem non aliter, quam si res melior sit: quæ etiam probat text. in l. iniles 39. §. 1. eod. tit. ubi bonæ fidei possessori etiam picturatum, marmorum, & ceterarum voluptuarium rerum impensæ proficiunt: de prædone verò statuitur; non debuisse eum supervacuas impensas in alienam rem effundere: quod ita intelligendum est, quod sit ei potestas tollendi ea, quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt; §. ex diverso 36. institut. de rer. division. ita & in dicit. §. si quis à non domino verif. ei verò dicit. iit. Anton. Fabi lib. 2. conjec. cap. 1. per tot. Et hæc; quæ diximus adeò vera sunt in bonæ fidei possessore; ut si sumptus quidem fecerit, nihil autem fructuum ex re perceperit; & impensarum rationem habendam esse doceat Ulpianus in l. quod si 37. ff. de petit. hered.

Bonæ fidei verò possessor fructus omnes indistinctè suos facit, tam industriales, quam naturales (divisionem fructuum in industriales, & naturales supponimus cum Menochio de arbitrar. casu 210. Gilken. in §. si quis à non domino institut. de rer. divis.

di: si Donel. & Ofuvald. lib. 4. comm. jur. civil. liter. C. & F. Borcholt. de verb. obligat. cap. 8. num. 10. & seqq. Anton Fabro supradicti. loc. & aliis plurimis, quorum mentionem passim faciemus) quam sententiam, licet alij contrariam amplectantur, sequuntur Anton. Fab. lib. 4. consuet. cap. 27. Vultei. lib. 5. gul. scholast. de f. cap. fin. Gilxenn. in l. certum 22. C. de rei vind. Spino de testam. glo. 13. à num. 42. quos sequitur D. Franc. de Amaya lib. 1. observ. cap. 10. n. 3. Arius Pinell. ad l. 2. C. de resc. vendit. part. 2. cap. 4. n. 39 & quos sequitur Fachin. controvers. jur. c. 57. & 58. lib. 1. Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. ap. 8. num. 8. & probatur ex text. in l. sed & loci 4 §. post licet 2. ff. in. regund. ibi: Post licet autem contentat. m. riat. fructus veniunt in hoc iudicio: nam & culpa, & dolus exinde praestatur: sed ante iudicium percepti non omnimodo in hoc iudicio veniunt: aut enim bona fide percipit, & lucrari eum oportet; aut mala fide, & condici oportet, l. quassum 40. in fin. ff. de acquir. rer. dom. in. ibi: Ut quo casu fructus prediorum consumptos suos faciat bona fide possessor. Reinhard. Bacou. in exercitacione. ad. ex. us. Anton. Fab. in lib. ult. acc. 93. err. 3. num. 3. Neque etiam de non perceptis tenetur possessor bona fidei, quia culpa caret, qui bona fide credens rem suam esse, de ea ad libitum statuit, §. ideo 2. res. si vero insit. de offi. iudic. ibi: Si vero bona fidei possessor, non habuit r. tio, neque consumptorum, neque non perceptorum, §. si quis à non domino 35. in fin. de rer. divisi. uti docet Donell. lib. 4. comm. jur. civil. cap. 25. Et ita errare eos credimus, qui affirmant cum Cujacio ad dict. l. quassum. Duaren. ad tit. de nau. fœn. re evicta naturales fructus etiam consumptos restituendos esse: quos rectè re: rehendit Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. dict. cap. 8. num. 9: qui etiam in num. seq. ait, citra consumptionem fructus naturales fieri pleno jure bona fidei possessoris; sicut industriales, simul ac percepti, vel à solo separati sunt: quod probat ex l. qui scit 25. §. 1. ff. de usur. ibi: Porro bona fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis prediorum tributum est. Præterea cum ad fructuarium pertineant fructus à quolibet latu, quanto magis hoc in bona fidei possessoribus accipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent; cum fructuarij quidem non sunt, antequam ab eo percipiantur: ad bona fidei autem possessorem pertineant quoquo modo à solo separata fuerint; sicut ejus, qui legitime fundum habet, fructus sunt simul, ac à solo separati sunt. Quibus in verbis ex comparatione, quam domino fecit Consultus, indistinctè colligitur bona fidei possessorem omnes fructus suos facere. Idem contigit in fructuario; & tamen plus juris tribuit bona fidei possessori ibi Julianus: ita Marc. Lyclama l. b. membr. 3. egloga. vide Vacon. lib. 2. declar. 4. num. 5. qui quidem fructuarium omnes omnino fructus & naturales, & industriales percipit, suosque facit, l. usufructu 7. l. item si 9. in princ. cum §. seqq. ff. de usufr. Ofuvald. contra Donell. lib. 10. comm. jur. civil. cap. 7. litter. B. Donell. dict. lib. cap. seq. Joann. del Castillo de usufructu. cap. 36. Quæ sententia etiam probatur ex l. in pecudum 28. cod. tit. de usur. ibi: In pecudum fructu etiam factus est, sic lac, & pins, & lana: itaque agni, & hœi, & vituli statim pleno jure sunt bona fidei possessoris, & fructuarij. Neque in hac re dubitari potest: & ita Paulus in l. bona fidei 40. ff. de acquir. rer. dom. absolutè id concludit dicens: Bona fidei emptor non antè percipiendis fructus, etiam ex aliena re

suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia, & opera ejus pervenerunt, sed omnes; quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi à solo separati sunt, bona fidei emptoris sunt: idque non solum in bona fidei emptore, sed etiam in quolibet possessore obtinere docent Pinell. in l. 2. C. de resc. vendit. part. 2. cap. 4. num. 54 & 59. Ofuvald. lib. 4. comm. Donel. cap. 25. litter. F. Frideric. Mindan. dict. cap. 8. num. 11. Marc. Lycla. membr. lib. 3. egloga 1. & 2. seqq. & Vacon. lib. 2. declar. 41. num. 5. rectè licet circa civilem possessionem ibi valdè aberret à vero.

Sed superiori sententia non levem controversiam movet text. in l. fructus 45. ff. de usur. cujus tantam esse difficultatem agnoscit D. Franc. de Amaya, lib. 2. observ. cap. 16. licet eam quasi levem explicet paucis lineis Anton. Covean. lectio. jur. l. b. 2. cap. 15. ut dict. loc. referat plures D. D. quibus visa fuerit insuperabilis, & præcipuè Fabrum existimantem mendosam esse literam illius: ipse verò refert, & refellit sententiam, quæ in Salamanticensi schola populariter recepta fuit, in qua pro vero statuatur inter maritum & bonæ fidei possessorem differentiam esse constitutam: nam cum bonæ fidei possessori jus non resistat, statim solâ perceptione fructus omnes facit suos, ut in dict. §. si quis à non domino: at cum jus commune resistat marito, non facit fructus suos solâ perceptione sed etiam simul requiritur consumptio, & quod voluntate uxoris rem habeat, & possideat, l. fructus 8. l. de his 17. C. de donat. inter vir. & uxor. atque ita distinguuntur maritus, & bonæ fidei possessor, ut in illo utrumque requiratur, perceptio scilicet, & consumptio: & in isto sufficiat perceptio sola. Quam interpretationem sibi displicere ait Amaya duplici ex capite: primò, quod hujusmodi differentia nullibi in jure scripta reperitur; neque tollat difficultatem, quare maritus fructus industriales faciat suos, non verò si pomum decerpserit. Deinde, quia Pomponius in fructibus industrialibus solum requirit in marito perceptionem, non verò consumptionem, ut ibi probatur: fructus percipiendis. Neque adhuc explicantur illa verba: sicut nec cuiuslibet bona fidei possessoris: & ratio, quare maritus si pomum decerpserit, non faciat suum, est; quia is fructus non ex facto ejus nascitur; ergo non est illa, quia non consumpsit: meritò itaque his rationibus eam sententiam refellit.

Postquam præcedentem interpretationem ad dict. l. fructus 45. impugnavit D. Franc. de Amaya, suam aperuit mentem; & in ea supponit primò inter virum, & uxorem validam esse fructuum donationem: & ita si ex fundo donato donatarius fructus perciperet, in illis donatio consistet, & eos capiet jure bonæ fidei possessoris; quia maritus quantum ad eos bonæ fidei possessor est, l. quid ergo 16. & seq. ff. de donat. inter vir. & uxor. junctâ d. l. fructus 45. in princip. quod etiam & ego suppono hac nova ratione, quia ea demum donatio inter virum, & uxorem prohibetur, quæ non solum donatarium locupletiosem, sed etiam donantem pauperiore reddit, l. si sponsus 5. §. concessa 8. l. ex anno 15. §. 1. & U. seq. cod. tit. & in dict. l. 45. licet donatarius fiat locupletior, donator certè non videtur pauperior factus; qui, si donatarius non coluisset, aut curasset, nihilo tamen eorum fructuum quidquam magis perciperet: qui utique cessavit colere, aut ferere.

Imò fingamus donantem pauperiore factum & fuisset:

fuisse: certè non fuit adhuc factus pauperior in re sua, sed tantum in possessione rei suæ: & prohibitio de nationis inter virum, & uxorem pertinet tantum ad eas donationes, ex quibus & locupletior donatarius, & pauperior donator fit in rebus ipsis suis, sed nisi 25. ff. eod. tit. & non in earum possessione, quia nihil videtur alienare, qui possessionem tantum amittit, litem 45. ff. de alien. judic. mutand. cau. fact. l. non aliena 119. ff. de regul. jur. l. qui usufructum 3. ff. si usufructu. petat. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 12. princ. §. illar. 58. Neque, l. inter 46. ff. de donat. inter vir. & uxor. huic explicationi contradicit, dum ait, inter virum, & uxorem neque possessionis ulla donatio est: nam id accipiendum est nullam esse donationem possessionis iustæ, qua nullè possidet rem, cujus possessio donatur, vel sic, nulla est donatio possessionis translata eo animo, ut donatarius possideat animo domini rem, cujus possessio ad eum transfertur. Cæterum, quod possideat donatarius, quando possessio sola donatur, & eam amittat donator, aperte scribit Jurisconsultus Paulus in l. 1. §. si vir 4. ff. de acquir. possess. his verbis: Si vir uxori cedat possessionem donationis sui facti, plerique putant infirmari eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest: & quid arrius diceret non possidere mulierem, cum maritus ubi voluit possidere, proinus amiserit possessionem? D. D. Melchior de Valentia illustr. tract. 2. cap. 7. num. 4. Neque obstat, l. si eum qui 26. eod. tit. nam illa verba ibi posita: quia licet illa jure civili possidere non intelligatur, sic accipienda sunt, id est non possideat apprehensione, & cogitatione domini; & ad eam speciem restringenda sunt, cum alias civiliter possideat, ut diximus supra cap. 3. & ita illa verba sic interpretata rectè manent, licet eorum alium sensum præferat Valentia dict. cap. 7. num. 6. Neque fructus possunt esse ejus, qui fundum donavit: primò, quia in rerum natura adhuc non sunt, usque dum nascantur, & postquam nati fuerint, non sunt ejus, usque dum ejus nomine à solo separati fuerint; l. si fructuaris 13. ff. quib. mod. usufructu. amittat. l. si ejus 78. ff. de rei vind. l. qui scit. 25. Unde cum ratione possessionis donatarius sibi, & suo nomine fructus percipiat ex ea possessione, quæ præcisè ad donatarium translata est, postquam donator eam à se abdicavit; & cum constitisset se nolle possidere, omiserit possessionem dict. l. 1. §. si vir 4. ff. de acquir. rer. dom. inter vir. & uxor. ibi: Sed quia causam possidendi donatio præstat l. 1. §. ult. in fin. ff. de donat. Valentia dict. tract. cap. 6. num. 2. seqq. nunquam illi fructus fuerunt donatoris: ac per consequens fatendum est in re sua pauperiore eum factum non fuisse: Neque quod potuisset donator sibi acquirere fructus, saltem naturales, si possessionem rei donatæ non transfuisset in donatarium, quidquam obstat; quia prohibitio donationis inter virum, & uxorem non fuit facta propter ea, quæ ex futuris utilitatibus ad donantem poterant provenire, sed propter ea, quæ minui, aut alienari possunt de bonis jam acquisitis, l. sed si vir 31. §. quod legaturus 7. ff. de donat. inter vir. & uxor. rem. l. ex anno 15. §. 1. & l. seq. eod. tit. l. 1. §. utrum 6. ff. si quid in fraud. patronor. Hæc omnia D. Franc. de Amaya restringit ad fructus industriales tantum; cui minimè possum assentiri ex eo, quod ratio à nobis allata ad omnes omnino fructus, tam naturales, quam industriales æquè faciat: & non potest quis ista dimidiatam habere bonam fidem, ut si possessor bonæ fidei quoad unos fructus, & non quoad alios: itaque cum absolutè donatarius respectu omnium fructuum sit bonæ fidei possessor, nulla est

Marq. Orzo, de Apicib. Jur. Civil.

causa, cùm effectus bonæ fidei absolutæ ad specialem fructuum perceptionem coarctemus. Minus præbo quod ipse Amaya dict. loc. num. 13. ad explicationem illius res. sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris, statuat regulam generalem, nempe quod non quilibet bonæ fidei possessor ad fructus naturales lucratos admittatur, cum in jure plurimos eorum ad restitutionem fructuum industrialium, quando locupletiores facti sunt, passim compelli videatur, litem veniunt 20. §. præter hæc 6. in fin. l. sed nisi lege 25. §. consuluit 11. ff. de petit. hæred. dict. l. indebiti 15. ff. de cond. indeb. l. hæredem 17. cum l. seq. ff. de his, quib. ut indign. l. 1. C. codit. tit. l. in fideicommissi 5. §. cum Pollidus 3. ff. de usur. non enim ex eo, quod postea restituere compellatur, deduci potest interim pleno jure illos fructus non esse bonæ fidei possessoris, d. l. bona fidei 48. ff. de acquir. rerum dom. faciunt quæ diximus supra cap. 6. num. 10.

Itaque ut veram sententiam nulla limitatione & coarctatam sustineo, quod omnis bonæ fidei possessor, etiam is, de quo loquitur text. in dict. l. fructus 45. de usur. omnes fructus indistinctè, tam industriales, quam naturales suos faciat, ut aperte probat, dict. l. 48. de acquir. rer. dom. Neque huic sententiæ contradicit Justinianus dict. §. si quis à non domino in fin. de rer. divisi. cum dicit: Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit fundum emerit bonæ fidei; vel ex donatione, aliave qualibet iusta causa; æquè bonæ fidei acceperit; naturali rationi placuit fructus, quos percipit, ejus esse pro cultura, & cura: Ubi verba illa, pro cultura, & cura, id significant, ut nullos fructus nisi industriales suos faciat pro cultura, & cura: nam fructus naturales suos facere non potest pro cultura, & cura; quia in illis producendis nulla cultura, & cura interfuit, sed naturaliter creati sunt; idè isti fructus pro cultura, & cura bonæ fidei possessori tribui non potuerunt: non tamen exinde sequitur, quod fructus naturales non fiant bonæ fidei possessoris: contrarium enim statuit Paulus, in dict. l. 48. ibi: Bona fidei emptorem non dubiè percipiendis fructus etiam ex aliena re suos interim facit; non tantum eos, qui diligentia, & opera ejus pervenerunt; sed omnes, puta, non solum fructuum, sed etiam poma, fœnum, lignum in sylva cœdua: id ad exemplum domini cui ibi comparatur bonæ fidei possessor, quoties lex impedimento non est, l. bona fides 136. ff. de regul. jur. l. ex libro 15. §. ult. ff. de quaest. l. suos 73. ff. de legat. 3. facit suos jure soli, non jure seminis; id est non propter culturam, & curam; non quia ipse se verit, aut coluerit, sed quia solum ubi nati sunt, suum esse intelligat; d. l. qui scit 25. §. 1. ff. de usur. l. fructus 44. ff. de rei vindic. l. ult. §. fructus autem 6. ff. que in fraud. credit. Itaque rectè conveniunt Justinianus, & Paulus, dum ille pro cultura, & cura bonæ fidei possessori fructus industriales tribuit: iste verò propter jus soli naturales etiam fructus ad eum pertinere faceret. Unde fit, ut sive uno, sive alio jure ad eum pertineant; certissima sit sententia, quod bonæ fidei possessor omnes fructus, sive naturales, sive industriales indistinctè solâ perceptione suos faciat; uti docet Marc. Lyclama lib. 3. membr. egloga 1. & 2. seqq.

Cæterum bonæ fidei possessio per se non ad eum firmam, aut certam est, ut & cæteros omnes fructus, sicut industriales, bonæ fidei possessor suos faciat, & tam pleno dominio acquirat naturales, ac acquirat eos; quos perciperit facto suo: sine facto suo percipios; solâ bonæ fidei ratione; & jure soli interim tantum

66 3 suos

suos facit, *dict. l. bonæ fidei 48. l. ex libero 11. §. ult. ff. de quæst. l. per servum 52 ff. de hered. petit. l. de §. ff. de leg. cum m. & postea vident, per conditionem cogitur eos domino restituere: vel etiam non stent, si forte ex his locupletior factus fuerit, *dict. l. indebit. 15. ff. de cond. indeb.* Et hac sola ratione neque bonæ fidei possessorem eos fructus facere suos, qui non ex facto ejus nascuntur, dicitur in *ait. l. fructus 45. ff. de usur.* scilicet non facit suos absolute, quos restituere debet, si stent: nam sicut ratio bonæ fidei possessionis non est absoluta, quia jus facit tantum in subsidium domini, & pro dominio est tantisper, dum non supervenit, vel agit alius dominus: ita neque ista fructuum naturalium acquisitio, quæ tota esse debet à bona fide, absoluta esse potest; sed debet durare, donec à vero domino illa non irritetur: possessio bonæ fidei adversus alios dominio similis esse potest: adversus verò dominum, qui agit, facti tantum est, vel malæ fidei possessio, facit *dict. l. qui scit 25. §. fin. ff. de usur. l. pen. & ult. ff. de public. in rem action.* Itaque cum uterque simul dominus non solum non possint esse, sed neque intelligi à nobis possint; qui plures domini unius, & ejusdem rei insolidum reipsa simul esse non possunt, *l. si ut certo 5. §. si duobus ult. ff. de comendati;* consequens est, ut postquam verus dominus apparuerit, & egerit, alter, qui locum tantum domini occupabat, donec ille non apparebat, juri illius veri domini succumbat; & deinceps pro malæ fidei possessore habeatur. Potest unus dominus esse, neque intelligi, quatenus non possidet: alter verò dominus non esse, sed tamen intelligi, quatenus possidet, *§. cum in suo 30. instit. de rer. divis.* ubi qui ex aliena materia in suo solo ædificavit, dominum intelligi dicitur; nec tamen eum, qui materiæ dominus fuerat, dominum ejus esse delinere. Eodem modo bonæ fidei possessore intelligitur dominus, quia possidet affectione domini: qui quidem talis apparet, quamdiu solum possidet, seu quamdiu non vindicat dominus: sed postquam vindicaverit, re jam evicta, & fructibus absque cultura natis, totaque causâ restituta, nihil remanet, quod videatur unquam possessoris fuisse: huc facit text. in *l. qui bona 23. §. 1. dict. l. bonæ fidei fidei 48. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. l. qui bona 19. ff. de acquir. possess.* Et huic interpretationi similis est illa, quam ad *dict. l. fructus 45. ff. de usur.* tradidit Petrus Frideric. Mindan. *dict. cap. 8. n. 13.* licet ille non afferat rationes, quibus movetur. Ergo illa verba, *l. 45. sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris*, sic suo recto sensu constant, & meliori forsitan illo, quem eis D. Franc. de Amaya *dict. loc. lib. 2. observat. cap. 16.* adaptaverat.*

8. Fructus verò industriales pro cultura, & cura, bonæ fidei possessor suos absolute facit, ita ut non teneatur eos restituere, neque in eo casu, quo majores quidem fuerint, quam sumptus, qui pro eis percipiendis facti fuerint; propter illam rationem, quam dedimus *suprà num. 5.* naturales verò omnes restituit; in quibus hæc exceptio etiam adhibenda est, quod si consumpti fuerint, non teneatur fidei possessor ad eorum restitutionem: ratio est, quia illi fructus non stant; neque dolo fecit possessor, quominus stent; neque locupletior bis videatur factus; quæ ratio omnium rerum, quæ debentur communis est, non specialis fructuum naturalium: nam generaliter hoc verum est, quod cum aliquid debeat, si id pereat sine dolo, culpa, aut morâ debitoris, ab ejus præstationis obligatione debitor liberetur, *l. cum his status 2. §. quod ait 9.*

*ff. de donat. inter vir. & uxorem. l. qui 45. ff. de obligat. & action. l. si mulier 22. §. sed enim 3. ff. ad S. C. Trebell. l. si ex legati 23. l. cum qui 36. §. ult. l. si se non 91. ff. de verb. obligat. l. sed & loci 4. §. post litem 2. ff. fin. regund. l. certum 22. C. de rei vindicat. l. sed est 25. §. ad id 15. ff. de hered. petit. l. non amplius 26. §. 1. l. Titia 36. §. fin. l. cum res 47. §. sed si Stichus 3. cum seq. l. quid ergo 53. §. si hæres 2. ff. de legat. 1. l. si mihi alienum 92. ff. de solution. Paul. lib. 3. sement. tit. 6. sent. servo fataliter. Anton. Fab. lib. 16. conjest. cap. 19. & de errorib. pragmat. d. 18. error. ult. Donel. lib. 16. comm. jur. civil. cap. 1. & lib. 19. cap. 14. & in l. qua sortitibus 6. C. de pignor. action. Osuvald. ad Donel. in dict. cap. 1. liter. C. Cujac. lib. 37. quest. Papin. in l. si fidei jussor. 19. ff. de dol. & lib. 10. quest. Papin. in l. parvi 17. ff. de cond. jurt. quia ut ait Sævola in l. Julianus 6. ff. qui & à quib. manum. liber. non sunt. adventitij casu imputandi non sunt. Et hoc eodem sensu, & significatione Africanus in *dict. l. quæstum 40. in fin. ff. de acquir. rer. domin.* accipiendus est, dum ait bonæ fidei possessorem fructus consumptione suos facere, id est absolute absque periculo restitutionis suos facere, & à dolo dicatur, & certum sit ipsâ modo perceptione, & à solo separatione suos facere. *l. si fructuarius 13. in fin. ff. quib. mod. usufruct. amittat. dict. l. qui scit 25. §. 1. in fin. ff. de usur. ait. l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin.* in dicta enim l. 40. verbum consumptione ita intelligi debet, ut consumptione taliter fructus suos faciat, ut ab eo peti non possint, si eis locupletior factus non fuerit. Et de fructibus naturalibus sic accipiendus, & intelligendus est text. in *l. si fructus 8. C. de donat. inter vir. & uxorem.**

Sed superioribus graviter obstat Ulpianus in *l. si 9 uxorem. 19. ff. de donat. inter vir. uxorem.* & Paulus in *l. per servum 57. ff. de acquir. rer. domin.* in quibus locis affirmatur, quod per servum donatum à marito, neque ex re quidem ejus, cui servus donatus est, acquiri quicquam posse: ratio utrobique redditur una, & ferè eisdem verbis: *hoc enim (ait Paulus) in eorum persona concessum est, qui bonæ fidei servum; & Ulpianus: hoc enim bonæ fidei possessoribus concessum est; virum autem scientem alienam possidere:* ergo quoad fructus, qui à re donata proveniunt sive cultura, & cura, donatarius bonæ fidei possessor non est: ac per consequens eos acquirere, & suos facere neque perceptione potest: & hanc sententiam propter hos textus amplexus fuit D. Franc. de Amaya *dict. loc. num. 12.* Ut hanc difficultatem conciliet, & componat D. D. Martin. de Larreategui lib. 4. *selektur. jur. civil. disputat. cap. 9. num. 11. & seqq.* se arbitrari ait, distinguendum esse cum Accursio in *dict. l. per servum 57. verbo posse*, an conjux bonæ fidei, an verò malâ servum possideat: ut primo casu illi ex re sua, vel operis servi acquiratur, secundo verò nequitiam: quam distinctionem fortius, quam juribus ab Accursio adductis, probari posse ait ex *l. quæstum 40. ff. de acquir. rer. domin.* ubi unam, & eandem rationem militare docet Africanus circa acquisitionem fructuum, & operarum, ita ut ubi bona fide stante, illi quæruntur, hæc quoque acquirantur: illâ verò deficiente, quemadmodum fructus non quæruntur, ait etiam operæ minimè acquirantur: textus etiâ in *dict. l. qui scit §. 1.* hoc ipsum probare contendit, quia ibi fit æquiparatio de acquisitione fructuum ad acquisitionem operarum: & è contra de acquisitione operarum ad acquisitionem fructuum. Unde cum in *dict. l. si uxorem. & in dict. l. per servum* maritus non esset bonæ fidei possessor, ut earum verba docent ibi: *hoc enim, &c.* quia sciebat se alie à servo posside-

re, & ex eo quod cognoscebat ejus donationem non constitit, idem donatarius neque ex operis servi, neque ex re ipsius donatarii quicquam acquirere per hunc servum potest; quod omnino diversum esset, sic rederet illam donationem valuisse. Sed quia hæc interpretatio nititur in eo fundamento, quod donatarius credens donationem illam inter conjuges valere, bonam fidem habeat; & fundamentum illud falsissimum sit, ut facile colligere poterit quicumque legerit ea, quæ scriptimus *suprà hoc cap. num. 13.* illudque reprober Pinell. in *l. 2. C. de resc. v. ait. 2. part. num. 48. & seqq.* quem & sequitur D. Franc. de Amaya *dict. capite 16. numero 9.* alia, & tutior horum textuum conciliandi via quærenda est, quam in *numer. sequent.* dabimus.

Ego verò cogitavi multoties, non esse admittendam omnimodam comparationem de acquisitione ex operis servorum ad acquisitionem fructuum prædiorum, sed similitudinem faciendam esse specialem solum in eo, quod in his personis, quibus cum non essent domini, ex re bonæ fidei possessa fructus acquiruntur, quando eis acquiruntur ex operis servorum, tunc eodem modo propter bonam fidem ei acquiratur; & tam pleno dominio res acquisita per servum fiat illius, ac fierent fructus acquisiti ex fundo possessore: Ceterum negari non potest, quod amplior sit acquisitio ex fundo possessore, ex quo possunt fructus acquiri, etiam si ille possideatur malâ fide illa, quæ refurgit ex prohibitione legis, ut in præcedentibus diximus *ex dict. l. fructus 45. de usur.* & aliis passim enumeratis: & idem rectè affirmat Consultus ex re marito ab uxore donata fructus omnes acquiri donatario, sicut cuilibet bonæ fidei possessori, *dict. l. fructus:* Ex operis verò servi sic prohibente lege donati, neque ex re donatarii quicquam acquiri, quia ille in fructibus ex re donata percipiendis bonæ fidei possessor est: istè verò in acquirendis rebus ex operis servi malæ fidei possessor reputatur, & est; ut traditur in *dict. l. per servum ff. de acquir. rerum domin. & l. si uxorem 19. ff. de donat. inter virum, & uxorem.* Diversitatis ratio, quam neque ullus quidem interpretes hæcenus vidit, elegantissima, & germana est, quod fructus fundi ex ipso fundo nascuntur, ita ut dum pendet, portio quædam; & pars ipsius fundi dicantur, *l. fundus 44. ff. de rei vind. l. si pendentes 27. ff. de usufruct. l. ultim. §. penultim. ff. que in fraud. credit. l. quæstum 12. §. an verò 11. ff. de instrum. vel instrument. legat. & solum tunc verè dicuntur fructus, quando à solo separati fuerint: pars enim fundi non potest dici fructus fundi, sed ipse fundus; quia pars nihil aliud est, quam totum illud, quod componit: itaque ut fruatur nomine fructuum, & fructus sint, à solo separari debent, postquam nati fuerint, *l. si fructuarius 13. ff. quibus modis usufruct. amittat. l. bona fidei 48. ff. de acquir. rerum domin.* Christophor. Besoldus in *delibatis jur. lib. 7. pandect. quest. 16.* & cum eorum acquisitio differatur usque id tempus quo separantur, dicendum erit ipso separationis actu fructus fieri ejus, qui voluntate domini rem, ex qua percipiuntur fructus, possidet; quia illi acquiruntur jure possessionis solâ separatione, quæ fit ex bona fide: & certum est circa fructus bonam fidem habuisse donatarium, quia circa eos non est prohibita donatio inter virum, & uxorem; ut probavimus *suprà.* Ulterius in fructibus, si illi industriales sint, cultura, & curam adhibet bonæ fidei possessor: non enim nascerentur, si non levisset, & coluisset: si verò naturales, natura ipsâ nas-*

cuntur, nullâ arte possessoris adhibita, neque diligentia ipsius fundi, liceat mihi sic de fundo loqui propter disparitatem inter eum, & servum faciendam.

In acquisitis verò per servum omnia omnino diversa sunt, non solum quantum ad id, quod nulla differentia fructuum industrialium, & naturalium sit in eo: si enim aliqui fructus sunt, ut ita latissimâ significatione fructus appellari mereantur, ex industria tantum servi, & ejus arte nascuntur, neque naturaliter ullos fructus, & provenus dare potest; sed quicquid reddit utilitatis, sua diligentia; & sollicitudine quærit; quia non ex ipsius corpore, sed ex alia causa provenit argument. *l. si navis 62. l. si hominem penultim. ff. de rei vind. l. usura 121. ff. de verborum signific. Cujac. lib. 3. respon. Papin. in l. quod procurator 68. ff. de procurat. & lib. 9. respon. in l. deducta 5. §. qui post 2. ff. ad S. C. Trebellian. Donell. lib. 20. comment. juris civilis cap. 5.* & idem operæ servorum non dicuntur absolute fructus esse, sed locum fructuum obtinere, in *l. mercades 29. ff. de hered. petit.* quod ad eò verum est, ut etiam servus ipse venditus esset, non posset dici pretium ex corpore servi acquiri, sed propter negotiationem à venditore percipi, *l. venditor 21. vers. pretium enim ff. de hered. vel action. vendit. qui aliena 8. C. si quis alter, vel sib.* ideoque in rerum natura esse non possunt, nisi actu exerceantur à servo, *l. 1. ff. de oper. servor.* Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 5. princ. 2. illat. 12.* sed etiam quantum ad illud, quod res parva ex operis servorum non possit dici fructus pendens ab ipso servo, sicut dicuntur fructus fundi pendentes: neque res illa, pars servi esse, sicut fructus dicuntur pars fundi esse, ita ut à servo separando res fiat illius, cui acquiri debet: sicut de fructibus dicimus perceptione, & à soli separatione acquiri, & fructus fieri, quam differentiam præcensisse video Besoldum licet obscure, & obiter de ea statuat, *loc. supra adducto:* Nā res, quæ industria servi acquiritur, nullo instanti potest esse apud servum, à quo postea facta acquirentis separari possit, *l. laet 79. ff. de acquir. hered. l. si pluribus 107. ff. de legat. 1. l. restit. Labeo 13. ff. ex quib. cau. major. l. paterfamilias 182. ff. de verborum signific. §. item vobis 4. institut. per quas person. cuicque acquirat. l. si vbi 82. §. cum servus 2. ff. de legat. 1. l. ultim. ff. de stipulat. servor. l. qua legata 18. ff. de regulis juris,* itaque non spectatâ perceptione ejus, in cujus potestate servus est, eo instanti, quo servo res tradita est, vel cum eo contracta obligatio, ad dominum, ex quo capacitatem acquirendi servus accipit, *l. debitor 82. §. fin. ff. de legat. 2. l. non minus 31. ff. de hered. institut.* dominium rei servo traditæ, vel obligatio cum servo contracta transfertur, *dict. l. de fructibus 17. §. fin. ff. de donat. inter virum, & uxorem, l. acquiratur 10. §. 1. ff. de acquir. rerum domin. l. stipulatio 38. §. uteri 17. ff. de verborum obligation.* de quo abundè scriptimus *suprà libro 1. capite 4. numero 7.* sed illa acquisitio, quæ instantanea est, nulli alij contingit, nisi domino, vel bonæ fidei possessori, qui locum domini occupat, ut *suprà* diximus: ergo ea, quæ quærit servus, non poterunt acquiri donatario, qui malâ fide ab uxore donatum servum possidet.

Præterea in fructibus ex fundo sic donato acquisitis diversa ratio est in eo, quod eos voluntate donatoris percipiat, & ex ejus voluntate percipiendo suos faciat, quamvis fundum, ex quo percipiuntur, malâ fide possideat: quod omne suo successivo

tempore per factum hominis contingit. At acquisitio, quæ sit in his, quæ per servum acquiruntur, juris potestate statim operatur, nullo spectato hominis facto: & aliquo temporis spatio: quod rectè monet Ulpianus in *d. l. placet*, ibi: *Confestim acquiri ei, cuius est, in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius, per quam acquiritur: & sic acquiri ei, cui acquiritur.* Merito ergo Ulpianus in *d. l. si uxor* 19. ff. de donat. inter virum, & uxorem, & Paulus in *d. l. per servum* 57. ff. de acquir. rerum domin. affirmarunt per servum mulieri à marito donatum, neque ex re quidem mulieris, cui donatus est, quicquam acquiri; & hoc Julianum scripsisse: nam ut servus alienus, vel liber homo ex re nostra, vel ex operis suis nobis acquirat, in his servis solum, quos bonà fide possidemus, receptum est, l. acquiritur 10. in princ. & §. deo placet 4. l. qui bona fide 23. ff. de acquir. rerum domin. §. de his 3. versic. quod enim placuit, in sit. per quas personæ acquirat. l. hinc. queritur 19. §. 1. ver sic. quod & in duobus ff. de pecul. l. qui fundum 7. §. ult. ff. pro empt. d. l. qui scit 25. §. 1. & §. fin. ff. de usur. itaque ab hoc genere acquisitionis omnis malæ fidei possessor omnino removendus est, *d. l. quæstium* 40. in fin. ff. de acquir. rerum domin. Ex dictis igitur firmissima manet nostra sententia, qua docuimus, bonæ fidei possessores omnes omnino fructus tam industriales, quàm naturales suos facere: & non solum illi bonæ fidei possessores, qui re ipsa bonà fide possident; sed etiã illi bonæ fidei possessores, qui etiã re contra leges possideant, tamen cum voluntate, & consensu partium possident: quia, & isti quoad percipiendos fructus habentur pro bonæ fidei possessoribus, ut ex *d. l. de fructibus* 17. ff. de donat. inter vir. & uxor. supra hoc cap. n. 5. probavimus.

3 Nunc quæstio se offert, an bonæ fidei possessor, qui propter supervenientem malam fidem, quæ induci solet, quando mota, vel contestata lis est secundum ea, quæ supra diximus, stantes fructus restituere debeat, naturales tantum restituat, vel simul etiam industriales? In qua quæstione Donelli *d. l. lib. 4. comment. juris civilis cap. 24. & tract. de fruct. lib. cap. 4.* sententia est, quod naturales tantum fructus debeat restituere: quam confirmare videtur text. in *d. l. qui scit* §. fin. ff. de usur. ibi: *Bonæ fidei emptor servit, & antequam fructus perciperet, cognovit fundum esse alienum, d. l. fructus* 45. ff. eodem titul. & eam amplectitur etiam Marc. Lyellam, *lib. memb. 3. egloga 2.* Sed quia text. in *l. certum* 22. C. de rei vindicat. generaliter dicit post litem contestatam omnes fructus à bonæ fidei possessore restituendos esse, ibi: *Certum est, malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re prestare: Bonæ fidei vero stantes: post autem litem contestationem universos, ita melior mihi videtur sententia post litem contestatam à bonæ fidei possessore universos fructus, quos perceperit, tam industriales, quàm naturales restituere debere: quam opinionem sequitur Anton. Fab. *lib. 4. consuet. cap. 17.* Broncorst 7. assert. 89. Petrus Frideric. Mindan. *de acquir. possess. cap. 8. num. 17.* cujus ratio elegans est illa, quam supra dedimus hoc lib. cap. 6. num. 10. nempe quod iudicio quasi contrahatur, & quasi ex contractu teneatur omnes fructus à die litem contestationis prestare, & causam iudicij ad eunt initium restituere: & sic ibi diluimus objectionem, quæ induci poterat contra illam interpretationem, quam ad *d. l. qui scit* 25. adhibuimus ibidem. Quæ sententia etiam expressè probatur ex *l. si quis sciens* 11. C. de rei vindicat. ibi: *Sanè eum, qui bonà fide possidens, hoc fecerit, per doli mali exceptionem**

contra vindicantem dominum servare sumptos, juris auctoritate significatum est, l. si autem 27. §. in rem petitam 5. ff. eodem tit. ibi: *In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptos fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet; si per se veret actor petere rem suam non redditis sumptibus. Idemque est, si in area, qua fuit petitoris, per errorem insulam edificavit, nisi tamen paratus sit petitor pati tollere adificium: quod & in area uxori donata faciendum dixerunt: sed si puerum meum cum possideres, erudisces, non idem observandum, quia neque carere servo meo debeam, neque potest idem remedium adhiberi, quod in area diximus.* Quibus in locis ostenditur, omnes fructus restituendos esse, & ex his solum retineri posse per doli exceptionem partem illam, quæ sufficiat ad compensandos sumptos, quos possessor fecit, l. sumptus 48. in fundo alieno 38. l. emptor 65. ff. de rei vindicat. ex his parum mihi arident quæ sci ipsit Marc. Lyellam, *lib. 3. membr. egloga 2.*

Ex his etiam & illud consequens est, quod cum bonæ fidei possessor omnes fructus à tempore supervenientis malæ fidei, hoc est motæ, vel contestatæ controversiæ, seu litem stantes restituat: omnes quoque post litem contestatam perceptos restituat, l. certum 22. C. de rei vind. per ea, quæ supra diximus; quæritur de pretio, quod forsitan bonæ fidei possessor in acquirendo fundo alieno impendit; an sicut sumptos, etiam pretium per doli exceptionem recuperet? Et generale est, quod rem suam ablatam furto, vi, aut clam vindicare dominus possit, etiam pretio emptori, qui bonà fide emit, non restituito: nam emptori solum superest regressus contra venditorem, vel alium quemlibet suæ emptionis auctorem, à quo petat, & consequatur pretium, quod dedit pro fundo, qui à vero domino evictus est, l. in civilem 2. Cod. de furto, & serv. corrupt. Joan. Bapt. Costa, *de facti scientia dist. 69. cent. 2.* Petrus Frideric. Mindan. *de acquir. possess. dist. cap. 8. num. 20.* Cujac. libro 14. quæstion. Papiavian. in *l. si patronus* 3. ff. si quid in fraud. patronor. Osuvald, *lib. 15. comment. Donel. cap. 29. litter. L.*

CAPUT IX.

De specialibus aliis Possessionis commoditatibus quoad dominiorum acquisitionem; quoad usum interdictorum, & aliarum utilitatum.

SUMMARIUM.

- 1 Per possessionem acquiri dominium, & non aliter, docetur. Explicatur l. 1. §. 1. l. 9. §. 3. l. 31. l. 59. de acquirend. possession. & numer. sequentibus. Superiorem sententiam pro bari ex l. 20. Cod. de pact. & aliis rationibus traditur. Stipulatio rem tradi, an contineat dominij translationem? Stipulatio rem dati, an contineat possessionis, & dominij translationem? Possessionem transferri posse absque dominij translatione docetur. Adducuntur l. 20. de acquir. rerum domin. l. 8. C. de

- C. de action. empt. l. 2. C. de probat. l. 50. de rei vindicat. Non datur rei vindicatio nisi ei, qui dominus rei est. An translatio dominij alius traditione rei esse possit? 2 Commoditas maxima possessionis in usu interdictorum consistit. Interdicta, qua possessoribus dantur, non competunt nulli detentatoribus. Interdictum, uti possidetis, non competere nisi hiis, qui sibi possident, ostenditur. Lubroni d. c. 10 in l. 3. §. 7. & 8. ff. uti possidetis explicatur. 3 Frustratio, usufructu, & similibus interdicta directæ uti possidetis, & unde vi competunt. An de viis, vel de directo interdicto intelligi debeat l. ult. ff. uti possidetis? Quare color, depositarij, & similes non habeant h. c. interdicta, docetur, & n. seq. Quare in l. 1. §. 10 de vi, & vi a muro, i, & non eo uno detur interdictum? 4 Interdictum non competit nudis detentationibus, nisi id expressè cautum sit in edicto pratoris? Explicatur l. 12. 16. & 19. ff. quod vi, aut clam l. 1. & tot. tit. de loc. public. fruend. Pro rebus sacris, & religiosis interdicta dari ostenditur. Adducuntur l. 1 ff. ne quid in loc. sac. l. 1. & seq. de religiof. & sumptibus funer. l. 13. §. 3. ff. quod vi, aut clam. Interdictum de vi armata, seu vi publica datur etiam nudis detentationibus. 5 Quomodo nudis detentationibus dejectis subveniatur, ostenditur. Si à dominis ipsis inquiratur, qua remedia habeant, ex l. 1. §. fin. de nov. oper. nunc. & l. 9. l. 31. ff. locati, ostenditur. An ipsi habeant officium iudicis ex l. 3. §. 7. ff. uti possidetis, traditur. Quando ab extraneis inquirantur, quod remedium eis detur demonstratur. An nudis detentationibus subveniatur, ex cap. redintegrandæ 3. q. 1. 6 Statuta favorabilia loquentia de possessoribus an extendantur ad nudos detentatores? 7 An remedium petitorium, & possessorij in competat possessori ad obtinendam possessionem? Possessori iudicij divisio in summarium, & plenarium: & quid alterutrum sit, docetur. 8 Propter possessionem actio confessoria datur, & de quibus iuribus ea competat, traditur. 9 Simples detentores ante tempus sui iuris impletum cedunt emptori l. 9. C. locati. An idem sit in possessoribus, qui sibi possident animo non domini? An conductor ad longum tempus pro simplici detentore habeatur? Possessor potior est, quàm qui non possidet, quamvis iste causam habeat. Adducuntur l. 1. §. fin. cum l. sequent. ff. uti possidetis, l. 5. §. penultim. si usufruct. petat, capite ex literis extra de probation. Omnis possessor onere probandi adversarium oneratur. Hoc ipsum observari in quasi possessoribus rerum incorporalium, docetur. 10 Ex possessione præsumitur bonam fidem, & ju-

- sum titulum præcessisse. Possessor titulum possessionis neque allegare, neque probare tenetur. Hoc diversum esse in causa petitionis hereditatis demonstratur. In iudicio possessorio de facto, non de iure possessionis disputatur, Possidens res immobiles non potest haberi suspectus de fuga. An de eo, qui mobilia, aut plura nomina habet, idem dici debeat? An syndicus universitatis teneatur cautionem iudicio sibi dare, quamvis non habeat mobilia? An vir literatus in sacro ministerio positus teneatur prestare hanc cautionem? 11 An possessor spoliatus possessione possit factio suo eam recuperare? Adducuntur l. 3. §. 9. & l. 17. de vi, & vi armat. l. 3. ff. quod met. cau. l. 3. Codic. unde vi. An idem permittitur sit nudis detentationibus, si nomine proprio recuperare velint suam detentationem? Quid in tali casu eis contra dominum ipsum facere permittatur? Utilitas possessionis est, ut in pari causa potior sit conditio possidenti. Ille, cui prius res tradita est in venditione, donatione, locatione, &c. præfertur alteri, qui prius contraxit. Adducuntur l. 15. Cod. de rei vindicat. l. 7. i. ff. eod. tit. l. 9. §. 4. de public. in rem action. & n. seq. Ille, cui prius rem Princeps concessit, præfertur ei cui postea concesserit, quamvis prius huic promiserit. 12 Explicatur decisio d. l. 9. §. 4. de public. in rem action. Si duo proferant testamenta uno die confecta, præfertur heres, qui possidens invenitur. Si duo contendant de principatu, vassallus hominij præstat possessori. In dubio is, qui possidet, pro domino habetur. 13 Possessio præcipua diutina iustum initium habuisse præsumitur. Possessio per continuationem usucipienti dominium tribuit. Quæstio interpretum, an possessio naturalis, an civilis requiratur ad usucapionem rejiciatur? Quando in iure sit mentio possessionis, qua possessio intelligatur, ostenditur. 14 Possessio absque sententia declaratoria non potest avocari. Idem in possessione iniusta observari debere traditur. An possessio retinuari possit non obstante inhibitione facta absque cognitione causa? An tertius possessus ex causa constitui possit impedire executionem? 15 Dum lis pendet, apud quem maneat possessio, & ejus emolumentum, docetur. Cautri, & prælati possessores compellunt debitores, ut sibi solvant, dum lis pendet. Per sequestrum possessio non amittitur, nisi id specialiter agatur. An post totalem sequestrationem danda sint possessori alimenta, & expensæ ad litem; Monacho

Monacho litiganti cum Abbate an Monasterium debeat dare alimenta, & expensas ad litem?

16 Possessor timens perturbari in possessione, officium iudicis implorare potest.

Possessor iustus a nemine molestatus potest petere se declarari possessorem.

17 Possessor actionem in iudicio movens, et si victus sit, non condemnatur in sumptibus litis.

Quid facere possit possessor, qui partem bonorum habet ejus, cuius bona venduntur?

Jus offerendi pignoris tribuit possessori l. 12. §. 1. qui potior. in pign. habeant.

Ubi est possessor, non dicitur res vacans.

An idem dicatur ubi est nudus detentator?

An causa vera possessionis momentanea appellari non potest, secus in causa detentationis.

Altera, & nō ignobilior commoditas possessio- nis est, quod per eam acquiratur dominium, quia ista est modus singularis, & præstantissimus dominij acquirendi, l. 1. §. 1. ff. de acquir. possess. ibi: Dominiumque rerum ex naturali possessione cepisse Nerva filius ait: eisque rei vestigium remanere de his, qua terra, mari, cœloque capiuntur: nam hæc protinus eorum sunt, qui primi eorum possessionem apprehenderunt l. qua varione 9. §. hæc quoque 3. l. nunquam 3. l. res ex mandato 39. l. pen. ff. de acquir. possess. Itaque verior sententia est dominium sine traditione, & naturali apprehensione non transferri: quæ sententia primò probatur ex l. traditionibus 20. C. de pact. ubi non contractibus nudis, aut voluntate, & consensu contrahentium, sed traditionibus, & usucapionibus dominia rerum transferri Imperatores scripserunt. Secundò, quod quamvis illa stipulatio rem tradi non contineat, ut res detur, & dominium transferatur, sed ut nuda tantum possessio in accipientem perveniat, l. si rem tradi 28. ff. de verb. obligat. & causam bonorum contineat; id est, ut res in bonis tantum sit, l. in conventionibus 52. §. 1. ff. de verb. obligat. hæc tamen verborum conceptio rem dari possessionis, & dominij translationem exigit, l. ratio 3. §. 1. ff. de action. empt. l. si stipulatus 4. ff. de usur. ibi: Nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi, sive effectum per traditionem dominij transferendi &c. quia verbum dari transferri dominium significat, l. ubi autem 75. §. fin. ff. de verb. obligat. l. non videtur 167. ff. de regul. jur. quod fieri sine possessionis apprehensione non potest, licet possessio acquiri rectè valeat absque dominij translatione. Tertio, ex l. traditio 20. §. fin. ff. de acquir. rer. domin. ubi per possessionem dominium acquiri Consultus expressè docet. Quarto, quia venditor, qui in vacuum possessionem emptorem non induxit, jus omne penes se retinet, ut probatur, ex l. si pater 8. C. de action. empt. Quintò, ex l. cum res 12. C. de probation. ubi hæredi patris, asserenti se habere jus dominij in re à defuncto empti, onus probandi patrem in vacuum possessionem inductum fuisse injungitur. Denique ex l. si ager 50. ff. de rei vindicat. ubi docet Consultus, si ager ex causa emptionis ad aliquem pertineat, non antè ei competere rei vindicationem, quam traditus illi ager fuerit: constat autem rei vindicationem non nisi dominio concedi, l. in rem 23. ff. de rei vindicat. ea igitur ratione ante traditionem actionem in rem non habet, quia dominus non est. Ulterius dominij translatio nunquam refertur aliis traditione, l. si servus 24. ff. de action. empt. l. servus 43. §. ultim. ff. de acquir. rer. domin. l. sed et si 25. ff.

de usufr. Unde ad dominium acquirendum naturalis possessionis apprehensionem requiri docet Romanus illustr. questio. cap. 1. Contius lib. 1. disp. cap. 8. Cujac. lib. 12. quest. Papin. in l. si culpa 63. ff. de rei vindicat. & lib. 10. respons. Papin. in l. præditu 48. ff. de acquir. possess. Anton. Fab. in rational. ad tit. de alienat. iudic. mutand. cau. & in l. litem 5. §. 1. & in dict. l. si ager. 50. ff. de rei vindicat. & de error. pragmat. dec. 42. error. 5. in fin. & dec. 65. error. 2. Barbosa in rubric. de solut. matr. 4. part. num. 20. & supradictas rationes ferè omnes adducens, contrariæque sententiæ fundamenta rectè dilvens doctissimus vir de jurisprudentia optimè meritus D. D. Melchior de Valentia illustr. tract. 2. cap. 4. num. 5. usque ad fin. cap. qui omnino videndus est, neque enim ego ex professo hanc questionem expendere possum, quia hic nihil facio, nisi referre breviter commoditates possessionis.

Comoditas etiam maxima possessionis in usu interditorum consistit: itaque pro possessione adipiscenda, recuperanda, & retinenda, & consequenter in omni ejus causam saluberrima, & utilissima interditorum remedia introducta sunt: quæ quidem veris tantum possessoribus dantur, & simplicibus rei detentatoribus non competunt, l. officium 9. ff. de rei vindicat. quia illi in possessione potius esse, quam possidere dicuntur, ut abundè probavimus supra hoc lib. ca. 3. num. 6. & seq. Unde Labeo in l. fin. ff. de vi, & vi arm. si colonus (inquit) tuus vi dejectus est: non ille, sed tu ages unde vi interdicto: idem si inquilinus tuus, vel colonus colonus, & inquilini inquilinus. Eadem ipsa ratione neque interdictum uti possidetis aliis competit, quàm sibi, sed quæ nomine possidentibus; ut & idem Labeo referente Ulpiano, in l. si duo 3. §. sed si supra ades 7. ff. uti possidetis, docet in his verbis: sed si supra ades, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moraretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait; non enim, qui in cenaculo moraretur. Quemadmodum & creditores, vel alios quoscumque, qui saltem rei servanda gratia in possessionem missi sunt, interdicto uti possidetis uti non posse dicendum est: & merito, quia non possident dict. l. 3. §. creditores 8. Menoch. retinenda possession. rem. 3. quest. 5. num. 46. Donel. lib. 15. comm. jur. civil. cap. 32. & ibi Osuvald. liter. B. & C. Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possession. cap. 9. num. 2. & 3. Alia esset ratio, si pignoris nomine, vel alterius juris respectu sibi, sed quæ nomine possiderent, tunc enim propter possessionem, quam habent, vel quam amiserunt, rectè interdicta possessoria exercebunt, text. in l. creditor 9. ff. de oper. nou. nunciat. glossa, & D. D. in dict. §. 8.

Hinc provenit, ut interdictum unde vi, vel interdictum uti possidetis detur fructuario, usufructuario, emphyteutæ, creditori pignoratitio, & cæteris omnibus, quos suo nomine possidere diximus supra hoc lib. dict. cap. 3. à num. 2. usque ad num. 6. text. in l. fin. & ibi D. D. ff. uti possidetis. Menoch. retinenda possession. rem. 3. num. 79. & seq. usque ad num. 90. ita ut illis, veluti juris possessoribus competant hæc interdicta, non modo utilia, uti vult glossa, quam & sequitur, & laudat Osuvald. dict. lib. 15. comm. Donel. 32. liter. D. sed etiam directa, & sic de directo interdicto intelligendus est text. in dict. l. fin. ff. uti possidetis. Menoch. recuperanda possession. rem. 1. quest. 5. & retinenda rem. 3. quest. 8. num. 72. Frideric. Mindan. dict. loc. num. 3. Ratio ex his, quæ in cap. 3. hujus lib. diximus, in promptu est, quod omnibus, qui verè civiliter, & naturaliter

turaliter possident, hæc interdicta directa dantur, l. 1. cum omnibus §. ff. uti possidetis, l. 1. & tot. tit. ff. de vi, & vi arm. tot. tit. C. unde vi, quia illa directè dantur ex ipsis edicti verbis omnibus ex quocumque causa possessoribus, qui sibi sub quæ nomine possident: edicti enim verbis hi omnes possessores comprehenduntur: sed supra enumeratos omnes probavimus fusè, non solum in dict. cap. 3. sed etiam in cap. 4. & præcipuè cap. 5. civiliter, & naturaliter verè sibi possidere: ergo isti non debent dari utilia unde vi, & uti possidetis interdicta, sed debent dari directa ex ipsiusmet edicti verbis directè derivata, & expressa. Ulterius creditores missos in possessionem rei servanda causâ commodatarium, colonum, depositarium, & similes, certum est non habere interdicta, dict. l. officium 9. ff. de rei vindicat. l. si duo 3. §. creditores 8. ff. uti possidetis, l. 1. §. denique 10. ff. de vi, & vi arm. quia naturaliter tantum possident, & rem tenent, non sibi, sed aliis: neque utilia quidem interdicta eis competere possunt, quia illis vi dejectis, directa interdicta dantur eis, qui per dejectos possidebant, l. 1. §. quod servus 22. ff. de vi, & vi arm. & ex una, & simplici causa non potest competere uni directum interdictum, & alteri utile, ut de actionibus directis, & utilibus scripsimus supra lib. 3. c. 4. ergo interdictum, quod datur in dict. l. fin. his, qui ibi comprehenduntur, solis illis competit propter suam possessionem, & non aliis, quia non aliis, sed sibi possident: sed his, quia civiliter possident, sibi, & non aliis non potest non dari directum interdictum: nam hæc est causa propriissima dandi illud cuiuscumque, puta ut civiliter possideret: o interdictum, quod datur directum est. Quod etiam probò ex dict. l. 1. §. denique 10. ff. de vi, & vi arm. ibi uxori, quæ ex possessione rei per maritum donata dejecta est, datur interdictum unde vi, & colono non datur: ergo uxori illud non datur propter solam naturalem possessionem, sed etiam propter civilem: si enim propter naturalem solam daretur, etiam illud competere colono, quia utriusque possidet naturaliter: sed & qui civiliter possidet, directum interdictum competit ex ipsis edicti verbis, ut apertè probavimus: ergo his omnibus superius enumeratis dantur directa interdicta, & non utilia. Denique si isti utilia interdicta competere, maximè ex eo esset, quia per eos alij possiderent: sed nunquam datur interdictum utile, quando sunt alij possessores, quibus dandum est interdictum directum, ut in præcedentibus ostendimus: ergo interdictum, quod datur omnibus illis, quos supra enumeravimus, & continentur in dict. l. ultim. directum interdictum datur.

4 Ne tamen nos fallat id, quod passim docuimus, puta nudis detentatoribus non dari interdictum, notandum est hoc verum semper, & firmissimum esse in interdicto uti possidetis, utriusque, & unde vi, circa quæ superiora non levibus fundamentis statuimus, & in quocumque alio interdicto nisi specialiter in eo cautum sit, ut etiam illud competat nudis detentatoribus: & idèd in conductoribus locorum publicorum singulari interdicto prospectum est l. 1. & tot. tit. ff. de loc. public. fruend. Item interdictum, quod unde vi, aut clam etiam his competere, qui non possident, specialiter & expressè sancitum est, si modo eorum interst, uti inquilini, vel filij familias, & coloni, l. quamquam 12. l. competit 16. l. interdictum 19. ff. quod vi, aut clam. Præterea pro rebas sacris, & religiosis interdicta dantur, etiam illæ in nullius potestate sunt, l. 1. ff. ne quid in loc. sac. l. 1. & seq. ff. de religio. & sumptib. funer. l. denique 13. §. quæ

suum, §. ff. quod vi, aut clam: nam ibi & sepulchri nemò dominus fuit: & tamen si quid in eo fiat, experiri possunt interdicto, quod vi, aut clam: quo in §. & illud notatu dignum est, quod interdictum illud competat mihi contra eum, qui vi, vel clam aliquò fecerit; etiam si eo tempore, quo facta fuerunt, ego non possederim: Et idèd quia interdictum uti possidetis non proficiebat ei, qui rei servanda gratiâ in possessionem missus est dict. l. si duo 3. §. creditores 8. ff. uti possidetis, prætor singulare interdictum in ejus favorem edixit, puta ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, tit. ff. ne vis fiat ei, qui in possessionem interdictum de vi armata, seu vi publica etiam datur his, qui tantum detinent l. 1. §. ex interdicto 42. ff. de vi, & vi arm. Denol. d. lib. 1. §. comm. jur. civil. cap. 3. quamvis vi privata dejectis interdictum unde vi non competat, nisi possideant. Cicer. pro Cecina Frideric. Mindan. dict. cap. 9. num. 3. in fin.

His præsuppositis, certum est, quod extra eas causas, in quibus specialia interdicta introducta sunt, non competant remedia possessoria nudis detentatoribus ex eo solo defectu, quod non possideant, ut passim in præcedentibus docuimus gloss. in l. si de fundo 15. C. de locat. & conduct. Cesar Conard. ad l. unic. C. si de moment. possess. limitat. 21. num. 8. & communiter omnes ferè DD. exceptis paucis, qui reprehenduntur à Menochio retinenda possession. rem. 3. num. 38. cum septem seqq. Quomodo verò nudis detentatoribus succurratur, querere debemus pro ea nuda detentatione, quam habent: & in hac re distinguere debet, an colonus, inquilinus, conductor, & alij similes dejectantur, vel inquietentur ab ipso domino; an verò ab aliquo tertio. Priori casu, quod à domino ipso in sua nuda detentatione supradicti deturbantur, habent contra dominum paratam actionem, vel ad interesse, si velint ad illud agere l. 1. §. fin. ff. de oper. nou. nunciat. ibi: quæ vindicatio præstabit ei, quod ejus interst, opus nonum factum non esse. Conard. dict. loc. num. 15. argum. text. in l. si fundus 33. ff. locari. Paris. lib. 1. conf. 18. num. 17. & lib. 4. conf. 98. num. 16. Jason. lib. 1. conf. 109. num. 1. vel si malit, ut conductori liceat uti re conducta, l. si quis 9. & similes ff. locari: vel quod omnium utilissimum, & commodissimum est, habent officium iudicis, qui imploratus secundum legem conventionis, qua nititur actor, tueri eos debet per l. si duo 3. §. sed & si 7. in fin. ff. uti possidetis, quia ex æquitate subveniendum est officio iudicis, ut jus suæ detentationis tueri, ac defendere possint. Mynsinger. in §. possidere 5. instr. de interdict. num. 11. Conard. dict. limitat. num. 12. Socinus conf. 17. num. 18. lib. 8. Gozadin. conf. 99. num. 4. & cum his Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. dict. cap. 9. num. 4. Si verò non ab ipso domino, sed ab alio tertio in sua detentatione turbentur, vel ex ea deiciantur, habent actionem contra dominum, quæ eum compellant, ut sibi cedat interdictum, quod aliàs ex sua persona non haberent: quemadmodum, & hic citra interdictum officio iudicis succurrendum est, Ripa in cap. sepè nobis extra de restit. spoliator. num. 18. & in l. rem qua nobis 15. ff. de acquirend. possession. num. 28. Conard. dict. limit. & num. quemadmodum, & contra ipsum dominum dicta remedia assumere possunt, si dominus interdictum cedere nolit, vel aliàs ex culpa ejus molestatio hæc, vel deturbatio fiat, dict. leg. si fundus 32. Et hac ratione etiam inquilino contra tertium turbantem dari interdictum, uti possidetis, substat Menoch. dict. rem. numero 134. & sequent. Ulterius detentatoribus posse sub-

veniri

veniri ex cap. redintegranda 1. quest. 1. aiunt interpretes propter eius rationem, quod non tantum ibi loquatur de spoliatis, vel possessione sua dejectis, sed etiam de ej. & s, quali hoc unum verbum ad depositariam, coloniam, & conductorem etiam adaptari possit, ut Ioann. Andreas titul. de possess. petiti §. 1. res. sed nun. quid depositionis Soccinus conf. 1. num. 15. lib. 3. & ad dict. l. rem qua nobis numer. 6. & Covarr. dict. limitat. num. 11. quos sequitur Frideric. Mindan. dict. loc. num. 5. & 6. tradiderunt.

6 Ex possessione resultat alia commoditas, quod statuta etiam favorabiliora de possessoribus loquentia non extenduntur ad simplices detentatores, qui non sibi, nec suo nomine, sed alij, & alieno nomine possident, ut placuit DD. quos refert Contard. dict. loc. num. 4. quam sententiam communem esse tradit Frideric. Mindan. ubi supra numero 7.

7 Commoditas altera possessionis est, quod ubi vera possessio est, ibi ad ejus defensionem plerumque duplex intentari possit remedium, possessorium scilicet, & deinde petitorium, l. si quis 2. ff. de rei vind. l. ordinarij 3. C. eodem titul. l. eximius 3. ff. de acquir. possess. l. 1. §. hujus 2. ff. uti possidetis l. inter 62. ff. de jud. c. l. si quis 3. C. in regum. Deinde, quod possessorium ipsum duplex sit, summarij scilicet, vel ordinarij: illud, quo possessores post mortem controversiam manu Regia contra omnem vim in possessione sua defenduntur: hoc, quod durante manutentione ipsa possessionis merita altius discutantur.

8 Propter possessionem etiam datur actio confessoria, qua jura incorporalia vindicantur, & illa non nisi possessoribus competit, l. uti frui 5. §. fin. ff. si usufr. petat. Bartol. in l. naturaliter 12. §. nihil commune 1. ff. de acquir. possess. versic. secunda, quem ibi omnes sequuntur, ut refert Frideric. dict. loc. num. 7. & in testimonium adducit Rippam, Paris. & Contard. d. limitat. n. 2.

9 An plius, simplices detentatores, ut puta colonus, inquilinus, conductor, & alij tenentur cedere emptori non obstante, quod tempus locationis nondum sit finitum, l. emptorem 9. C. l. cati: Quod diversum est in veris possessoribus veram possessionem habentibus, etiam si sint ij, qui ad longum tempus rem conduxerunt gloss. in dict. l. Malverius in praxi tit. de locat. n. n. 43. conductor enim ad longum tempus non pro simplici detentatore, sed pro vero possessore habetur, idem d. loc. num. 45. cui assentitur Frideric. Mindan. num. 10. Item possessor eo ipso, quod possideat, potior habetur non possidente, quamvis causam habente. Ex quo fit, quod quamvis violentus precarij possessor contra ipsum, à quo possidet, interdictum, uti possidetis, exerceat nequeat, tamen adversus ceteros eo uti possit: qualicumque enim possessor sit, plus juris habet, quam ille, qui non possidet, l. 1. §. fin. cum l. seq. ff. uti possidetis l. quoties 15. C. de rei vindicat. l. uti frui 5. §. penultim. in fin. ff. si usufr. petat. cap. ex literis extra de probation. Mynfinger. lib. 4. observat. observ. 61. Covarrua. tom. 1. variar. resolut. cap. 19. Et consequenter omnis possessor onere probationis relevatur, ut potè in adversarium possessioni etiam negando contradicentem rejicitur, l. circa cum 14. ff. de probat. l. possessionem 2. l. vis ejus, & l. sequent. C. de probation. cap. ad aures extra de prescript. dict. cap. ex literis extra de probat. Menoch. 6. presumpt. 69. n. 2. & seqq. quod non solum in possessoribus rerum corporalium, sed etiam incorporalium obtinere docet

latè Mascard. de probat. conclus. 1194. Frideric. cap. 9. num. 12.

Ex parte presumptionis etiam non levis commoditas in possessione reperitur, quia semper praesumitur, bona fide, & iusto titulo omnem possessionem possidere, nisi vel jus reluctetur, vel contrarium probetur gloss. in l. qua de tota 76. §. 1. ff. de rei vindicat. Alciat. reg. 2. presc. 23. & reg. 1. presc. 19. Menoch. recuperand. possess. rem. 10. num. 45. Mascard. dict. loc. num. 6. Unde fit, quod titulum possessionis neque allegare, neque probare possessor teneatur, nisi in causa petitionis hereditatis l. cogit 11. C. de petit. hered. l. fin. C. de rei vindicat. l. in speciali 74. & l. fin. ff. de rei vindicat. sufficit enim dicere ex quota parte possideat, l. qui servum 20. ff. de interrogat. in jur. faciend. nisi ut supra diximus, vel jus reluctetur, vel contrarium appareat Borch. tract. feud. cap. 8. num. 17. quo etiam in casu contraria juris presumptio onus probandi non imponit, quando possessio titulo, vel temporis diuturnitate adiuvatur, Mascard. de presumpt. conclus. 70. In iudicio enim possessio de facto, hoc est, an & qua ex parte quis possideat, non jure possessionis disputatur, Bald. in d. l. ordinarij C. de rei vindicat. num. 7. & in l. nulli 10. C. de judic. argument. text. in l. de servitutibus §. Pomponius 3. ff. si servit. vindicet. & possessio hac in specie plus facti habet, quam juris, cum non queratur, iusta, an injusta sit possessio; sed de facto, an & ex qua parte quis possideat, l. iusta 1. ff. uti possidetis, l. denique 19. ff. ex quibus caus. major. Petr. Frideric. Mindan. dict. cap. 9. num. 15. Uterius possidens mobilia, non praesumitur suspectus de fuga: & propterea relevatur ab onere satisfaciendi, l. sciendum 15. ff. qui satisf. cogant. ut ibi docent Bartol. & DD. Wesembach. in paratit. ad dict. tit. num. 11. Baptista Caccialup. tract. de debit. suspic. & fug. quest. 1. num. 9. & seq. D. D. Melchior de Valentia tract. 2. illustr. jur. civil. cap. 11. num. 12. Et Caccialupus ait ibi dem quod etiam mobilia, seu plura nomina habens, quae defacili non possunt occultari, vel collecta ab iudice, pro immobilium possessore habeatur. Item, quod syndicus universitatis conventae non teneatur dare satisfactionem de iudicio sibi, quamvis mobilia non possideat, quia contra ipsum non potest esse suspicio fugae. Et hujus occasione affirmat Petrus Frideric. Mindan. dict. cap. 9. num. 17. se aliquando defendisse, verum literatum in publico sacro ministerio positum graviores, quae petebatur de iudicio fieri cautionem, praestare non teneri; eo quod licet multa mobilia; vel mobilia bona non possideret, tamen conscientiae, & officij publici, ejusque sanctissimi ratione suspectus de fuga non haberetur. Quemadmodum hoc, & in simili casu propter dignitatem juratoriae cautioni potius deferendum esse suspensa satisfactionis necessitate, si hoc iudicis arbitrio sederet, idem ipse in dict. num. tradit, & ad vindicandas exceptiones hujus thematis, nempe quod immobilium possessor iudicio sibi cavere non teneatur, nos remittit ad Hipp. de Marsil. tract. de fidelijur. num. 145. & seqq. ubi tractat, quando possessor immobilium rerum satisfactionibus non sublevetur.

Et ad eodè privilegiata est possessoris causa, ut is, dejectus, vel spoliatus possessione sua possit eam in continentem proprio facto suo recuperare non spectato iudicis mandato, l. quod est §. cum igitur 9. l. qui possessionem 17. ff. de vi, & vi arm. Oluvald. lib. 15. comm. Donel. cap. 31. liter. I. & L. Anton. Fab. in jurispr. Pupin. tit. 3. princ. 2. in princ. cum alijs

alijs propria autoritate nemo neque quod suum est, accipere sine delicto possit, l. stat. 13. ff. quod met. cau. l. meminimus 6. C. unde vi. Sed hoc ipsum potest debitari, an nudi detentatores id ipsum facere possint, si suo nomine id facere intendant, & non nomine veri possessoris, cui possident? & hanc in ipso congressu recuperandi licentiam non modo contra tertium aliquem dejectorem permissam esse debere, se existimasse ait Frideric. Mindan. dict. loc. num. 16. sed etiam permitti debere contra ipsum dominum, si contra legem locationis violentius agat argum. l. si quis intamam 7. C. unde vi. Quibus est affinis alia possessionis utilitas, quod in pari causa potior sit conditio possidentis, text. in c. in pari de regul. juris lib. 6. Unde provenit, quod res duobus vendita, donata, locata &c. eum, cui prius tradita est in detinendo domino &c. potior esse, ut Imperatores traunt in l. quoniam 15. C. de rei vind. l. si à Titio 72. ff. eod. tit. l. si ve autem 9. §. si duobus 4. ff. de public. in rem action. l. si ex res 3. §. fin. ff. de action. empt. l. qui sibi 6. C. de hered. vel action. vend. facit. l. quoties 98. ff. de regul. jur. Doctores communiter, in dict. l. quoties 15. C. de rei vind. & ibi Hieronym. Marsol. à num. 100. usque ad num. 120. Alex. & Ludolph. Schrad. ad Bart. ibid. ubi exceptiones, & limitationes, asserunt, Donel. lib. 4. comm. jur. civil. cap. 17. & ibi Oluvald. liter. C. & lib. 19. cap. 13. ibi Oluvald. liter. l. Cujac. lib. 11. respons. Papin. in l. creditor 5. §. 1. ff. qui potior. in pign. habeant. Frideric. Mindan. de acquir. poss. dict. cap. 9. num. 18. ubi docet, quod si Princeps alicui aliquid primò concesserit, ista concessio praevalere secunde concessioni, etiam priorem traditionem habenti: quam sententiam sequi (affirmat) Roman. conf. 248. Zaf. epit. feud. 5. part. in princ. num. 8. Andreas Gail lib. 2. observat. 55. Marilian. à num. 110. usque ad num. 117. Henric. à Rosenthal. tract. feud. 6. quest. 10. Rauden. 2. conf. 1. num. 165. latè etiam Anton. Gabr. lic. 3. de empt. & vend. conclus. 2. & de dict. l. exercit. Bacou. in exercit. contr. Ant. Fabr. dec. 85. err. 8. & 10. & dec. 86. err. 1. & seqq. & dec. 87. erre. 1.

12 Extra titulum traditionis in pari causa potior interdu est causa possidentis, textus casum huc comprehendens stat in dict. l. si ve 9. §. si duobus 4. ff. de public. in rem action. ibi: Ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui prius res tradita est: quod si à diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis; quae sententia vera est, de cuius §. interpretatione vide Reinhard. Bacou. in exercit. in c. in iud. Ant. Fabr. chliad. error. dec. 86. err. 2. Unde ait Mynfinger. in §. retinenda 4. instit. de interdict. num. 11. quod si duo testamenta producerentur, eodem forsam die confecta; ille, qui in altero scriptus haeres possidet, anteponendus sit alteri non possidenti, donec iste probet testamentum: in quo haeres scriptus est, posterius factum fuisse per text. in cap. si à sede de prebend. 6. & in dict. cap. in pari de regul. jur. Quo etiam pertinet quod duobus, vel pluribus de principatu, vel territorio contententibus vassallus in dubio homogium praestare debeat ei, qui in possessione est per l. cuiuscumque 60. §. 1. ff. de usufr. Guid. Papa decis. 181. & 326. Valentin. Forster. de succes. ab intest. lib. 4. cae. 10. num. 6. Aliud possessionis privilegium est, quod in dubio possessorem dominum esse praesumatur, cap. fin. extra de sponsa duor. facit l. iusta 2. ff. uti possidetis cum similib. Menoch. de presumpt. 3. presumpt. 100. num. 3. quod intelligendum est, si de possessione ventiletur principaliter: nam si de Hieronym. Quoz. de Apicib. Jur. Civil.

dominio principaliter quaeratur, instituta rei vindicatione, tunc probatio dominij necessaria est, Mynfinger. dict. §. retinenda instit. de interdict. per text. in c. capitulum de rescript. ubi & idem Felinus scripsit, Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. dict. cap. 9. num. 2. & seq.

Uterius omnis possessio praecipue diutina legitimum, & solemne initium habuisse praesumitur: unde provenit quaestio, quod si fratres per longum tempus bona separata possederint, licet non appareat de aliqua divisione per instrumentum, vel per acta, eam tamen intervenisse ex temporis, vel possessionis diuturnitate conjecturamus; Mynfinger. supradict. loc. per l. qui fundum 7. ff. pro empt. argum. l. sciendum 30. ff. de verb. obligat. Possessionis deinde maxima utilitas in eo est; quod praescriptionem producat, & ad quaerendum dominium per usucapionem civiles effectus pariat, l. usucapio 3. l. sine possessione 25. ff. de usucap. l. denique 19. ff. ex quibus cau. major. capite sine possessione de regul. jur. in 6. l. in usucapionibus 5. l. si is qui pro emptore 15. l. rei à quo 21. eod. tit. ff. de usucap. Itaque quaestio illa, quae apud interpretes passim exagitur, pura quae possessio requiratur ad usucapionem an naturalis; an verò civilis; quasi inepta praetermittenda est: nam nimis apertum est; possessionem civilem, & naturalem simul requiri; & talem, ut quicumque usucapere intendat animo domini, seu dominantis debeat possidere, l. si servus 22. §. 1. ff. de noxal. action. ibi: licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident, l. qui à quolibet 27. ff. de contrah. empt. dict. l. fundum 7. §. qui bona 4. cum dict. l. seq. ff. pro empt. Unde constat quam pessimè Baldum (& ante eum alios) de prescript. 2. part. 3. princ. quest. 1. dixisse solum civilem possessionem requiri ad praescribendum dominium & solum naturalem sufficere ad jus aliquod dominio inferius praescribendum: qui enim naturaliter tantum possidet, rei tantum incumbendo sine ulla ad jus ipsum affectione, non sibi, sed alicui possidet, sine ullo civilium effectuum emolumento: circa quod vidè quae diximus supra cap. 5. num. 14. Unde & illorum verior sententia est, qui dicunt, quod quotiescumque in legibus fit mentio possessionis, intelligatur de civili possessione, quae habet etiam; atque ad se trahit naturalem possessionem Bald. in l. 1. C. comm. de usucapion. Curtius Junior conf. 108. num. 27. & seqq. vide etiam quae scripta sunt supra dict. cap. 5. num. 5. ejusmodi enim; & non alia civilis est possessio, quae juri effectum pariat Paris. in cap. causam qua exir. de prescript. numero 13. Casar. Contard. de moment. possess. limitat. 2. ret. mixt. §. 2. num. 19.

Commodum possessionis alterum in eo consistit, ut non possit avocari, neque auferri (etiam si quis ipso jure cadat in poenam) absque sententia declaratoria, qua declaretur, reum culpabilem esse; & propter id possessionem ei auferri debere; l. possideri 3. §. si servus 10. ff. de acquir. possess. Jalon. in l. in emphiteuticariis C. de jur. empheut. num. 15. Anton. Gabr. lib. 1. conf. 90. num. 2. latè Menoch. recuperanda possess. rem. 1. num. 79. Contard. dict. l. unic. quest. 15. caducitat. numero 21. possessionem enim suam nemo spoliandus est, nisi ordine iudicij bene, & convenienter praermissis, & servatis quae servari debent: quod observandum est, etiam si Principis rescriptum intercedat argum. l. stat. 13. ff. quod met. cau. leg. meminimus 6. leg. si quis in tantum 7. C. unde vi, l. fin. C. si per vim; vel

alio mod. l. 1. & l. fin. C. ut lit. pend. vel post pro-
 car. cap. volumus 16. quest. 4. quod adeo verum ef-
 se dicunt Doctores, ut idem observandum esse af-
 firmant, etiam in eo casu, quo possessio iniusta
 fuerit, l. ne quis 2. C. ut nemo privat. tium. prad. suis,
 vel alien. impon. vel vela reg. suspend. l. 1. §.
 qui a me vi 30. ff. de vi, & vi arm. capite lines
 Episcopus de prebend. lib. 6. Quint. Mandos. de
 inhb. quest. 46. num. 3. Petrus Frider. Mindan.
 adducens Fulgosium, Roman. & Decium dicit.
 capite 9. num. 26. Unde fit etiam, quod possessionem
 suam continuare quis possit non obstante exe-
 cutoris, vel iudicis inhibitione de facto, & sine le-
 gitima causæ cognitione procedentis; idque fieri
 posse sine ullo attentatorum periculo, idem Mandos.
 d. loc. & etiam quest. 23. Laucellor. de attentat. part. 2.
 cap. 4. limitat. 1. 25. & seq. & declarat. 4. argum. d.
 l. possideri §. si servus 10. ff. de acquir. possess. Ita ter-
 tium possessorem etiam ex causa constituti posse
 impedire executionem docet Valasc. decis. Lusitan.
 § 5. Neque enim indebitè, & improbè facit posses-
 sor, qui ad mandatum executoris sine causæ cog-
 nitione procedentis, possessionem beneficii, vel alte-
 rius cujuslibet rei dimittere non vult, Mandos. ad-
 ducens alios plures dicit. quest. 43. num. 3. in med.
 cum potius attentare dicatur qui prohibet, vel im-
 pedit, ne quis contineat suam possessionem, gloss.
 in cap. non solium de appellat. lib. 6. Paris. volum. 4.
 conf. fin. num. 14. idem Mandos. dicit. quest. 23. & alij,
 quos affert Frideric. Mindan. dicit. cap. & num. versis,
 nec enim.

5 Præterea dum lis pendens est, apud possessorem
 remanet possessio, eusque omnibus emolumentis
 fruitur, dicit. l. 3. §. 10. l. qui sicut 25. §. fin. ff. de iur.
 l. defensionis 7. & ibi Cujac. & alij C. de iur. fise.
 facit iit. ut lit. pend. Andræ. Gail lib. 1. observat. ob-
 servat. 147. Unde castri, vel prælaturæ possessores
 pendente adhuc lite regulariter cogere possunt de-
 bitores ad sibi solvendum Mandos. d. loc. 122. Ulte-
 rius neque per sequestrum possessio amittitur, nisi
 de expressa, sive iudicis, sive partium voluntate con-
 trarium actum esse appareat, l. interesse 39. ff. de ac-
 quir. possess. l. licet 17. ff. de testi. de quo videnda sunt
 quæ diximus supra hoc lib. cap. 1. num. 4. Bart. &
 DD. in d. l. interesse; simplex enim sequestrum aliàs
 succedit loco missionis in possessionem ex primo
 decreto Bal. Panormitan. Imola in cap. 1. de seque-
 strat. possess. quos refert Alciatus conf. 37. n. 5. Con-
 tard. ad dicit. l. unicam limitat. 16. rat. sequestr. num. 7.
 & 8. Franc. Curt. tract. de sequestr. quest. 20. n. 71. Et
 non obstante etiam totali sequestratione, illa nem-
 pè, quæ possessionem transfert in sequestrum, pos-
 sessor debet habere sustentationem, & alimenta-
 tionem, quin etiam sumptus litis ex sua possessio-
 ne, si aliud non habeat, l. fin. §. nam si tales 1. C. de
 cognit. l. pen. ff. uti possidetis, idque procedere non
 tantum in causis uxorum, filiorum, uxorum, d. l. pen.
 & servorum, d. l. fin. sed etiam omnino extraneorum,
 scribunt Salicet. & Bald. in dicit. loc. Ex quibus etiam
 deducitur, quod Monachus litigans cum Abbate
 debeat habere sumptus litis, & alimentam à Mo-
 nasterio, ne litem deserere propter necessitatem
 cogatur, Salicet. ibid. per text. in cap. ex parte extr.
 de accusat. Franc. Curt. de sequestr. num. 11. facit
 etiam pro iudem l. si instituta 27. §. de iustic. 3. ff. de
 inoffic. testam. ubi debet appellans pauperi appella-
 to sumptus subministrare Petrus Frideric. Min-
 dan. dicit. cap. 9. num. 31.

6 Tot sunt commoda possessionis, ut vix enume-
 rari possint: nam possessores debitoris, vel metuentis

irritationem suæ possessionis, vel ejus deturbatio-
 nem, potest implorare officium iudicis, ut provi-
 deat, ne ei molestatio ulla fiat, vel etiam intentare
 remedium legis diffamari, quod non possidens fa-
 cere nequit, per l. diffamari 5. C. de ingen. manum.
 Contard. ibid. in dicit. ampliat. num. 117. Deinde pos-
 sessor iustus, qui à nemine inquietatur, potest pe-
 tere pronuciari se esse possessorem, ut ita in om-
 nem eventum sit totus adversus omnem vim facti,
 vel diffamationis per tie. ff. uti possidetis, Contard.
 dicit. ampliat. num. 145. & propterea si possessor ju-
 stus inhibitionis, vel promissionis remedium im-
 petrare non possit, justam habet appellandi causam
 extrajudicialiter ratione tam futuri, quam præsen-
 tis gravaminis, Contard. per Rotæ decision. ad dicit.
 l. unic. limitat. 25. rat. appell. extrajud. nume-
 ro 17. Petrus Frideric. Mindan. prædicit. loc. nu-
 mer. 34.

Utra hæc habet etiam commoditatem quod
 possessor respectu suæ possessionis diffamans, vel
 actionem intendens, etiam in iudicio postea suc-
 cumbar, tamen in expensis non condemnatur, quia
 de possessione sua, licet minus iustâ, sine calumnia
 quis gloriari videtur, Holamerus dec. 292. Contard.
 ad dicit. l. dicit. limitat. num. 20. per l. si pringam 15.
 ff. de non. oper. nunciat. §. reinenda 4. versio.
 commodum instit. de interdicit. l. uti frui 5. in fin.
 princ. ff. si usufruct. petat. ibi: vincet tamen iure, quo
 possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.
 Præterea si debitoris communis bona distraheada
 veniant, & tertius sit patris eorum possessor,
 hypothecarius foris, hic si mutuat, ne etiam in
 suam partem executio fiat, ratione suæ possessionis
 testes, vel alia potest producere, quibus probatum
 faciat debitorem etiam præter hæc bona esse solven-
 do Jac. de Aren. tract. de execut. bonor. num. 14. per l.
 ex persona 3. C. de probat. quem sequitur Frideric.
 Mindan. dicit. cap. num. 36. Aliam utilitatem etiam
 præstat possessio, puta jus offerendi pignoris text.
 in l. Paulus 12. §. qui pignoris 1. ff. quib. mod. pignus,
 vel hyp. soluit. ibi: Qui pignoris iure rem persequun-
 tur à vindicatione rei eos removeri solere, si qualis-
 cumque possessor offerre vellet: neque enim debet que-
 ri de iure possessoris, cum jus petitoris removeatur so-
 luto pignore, l. cum res 12. & ibi gloss. C. de probat.
 Cancherran. decis. 133. num. 5. & seqq. Andr. Gail.
 lib. 2. observat. 18. dicit. Frideric. Mindan. dicit. cap. 9.
 num. 37. Possessionis dignitas etiam in eo apparet,
 quod nunquam dicatur vacua possessio, in qua re-
 peritur possessor: quod secus est in vada detentatio-
 ne, ut supra meminij ex Angelo in l. in conventiona-
 libus 52. §. 1. ff. de verb. obligat. Afflic. §. investit. fact.
 num. 14. de nov. form. fid. Contard. dicit. l. unica limi-
 tat. 21. rat. detent. Item, quod in causa veræ posses-
 sionis momentaneæ appellari non possit: quod
 diversum est, si agatur de vada detentatione Con-
 tard. ibid. Denique de variis possessionis com-
 moditatibus post alios Menoch. de præsumpt. 6.
 dicit. præsumpt. 69. Frideric. Guicciard. quem ad-
 ducit Osuvald. lib. 15. comm. Donel. cap. 32. liter. L.
 Hæc commoda possessionis inter alia retulimus ex
 Friderico Mindano de acquir. possess. dicit. cap. 9. ut
 cognoscat, quantum auferat sententia eor-
 um, qui denegant possessionem veram
 his, quos supra cap. 3. enumeravi-
 mus, & possessores esse do-
 cuimus.
 * *
 *

CAPUT X.

An duo, vel plures in solidum unam,
 & eandem rem, uno, eodemque
 tempore tam civiliter, quam
 naturaliter possint
 possidere?

S U M M A R I U M.

- 1 Superiora tam latè scripta esse, ut expeditius hac
 questio intelligatur.
 Referuntur plurimi, qui putant duo in solidum
 unam rem possidere non posse.
 Primum fundamentum ejus sententia ex l. 3. §.
 5. de acquir. possess. deducitur.
 Possessionem non solum quoad acquisitionem, sed
 etiam quoad retentionem facti esse ostenditur.
 Duo facta in eadem re absque corporum pene-
 tratione non possunt dari.
- 2 Secundum fundamentum supradicta sententia
 deducitur ex l. 19. ff. precat.
 Tertium fundamentum ejusdem sumitur ex
 l. 1. §. fin. ff. commod.
 Semper dominium totius rei pro indiviso, &
 non pro parte esse debet.
 Quare in dict. §. fin. usus vehiculi apud duos
 esse possit.
 Harum legum commodam dari posse interpre-
 tationem docetur.
- 3 Duo in solidum unam, & eandem rem, uno eodem-
 que tempore possidere possunt.
 Antiquorum aliqui numerantur, qui hæc sen-
 tentiam amplexi sunt.
 Vaconij sententia asserentis duo civiliter
 posse possidere, naturaliter verò non posse
 refutatur.
 In duplici fundamento ejus duplex falsum sup-
 positum aperte demonstratur.
 Laudatur Frideric. Mindan. in hoc, quod
 hanc nostram sententiam sustinuerit.
- 4 Fundamentum primum nostra sententia sumitur
 ex l. 15. §. 4. precat.
 Ejus legis verba preferuntur, simulque ponde-
 rantur.
 Dubitationem, an possideatur in dict. l. esse de
 eo, qui precarium concessit, & non de eo, qui
 rogavit, ostenditur.
 Possessionem antiquam conservari, & novam
 non induci in eo, qui dedit precarium, do-
 cetur.
 Possessio absque aliquo actu corporali non ac-
 quiritur.
 Ratio interpretum, qui dicunt in dict. §. 4. unum
 possidere naturaliter, alterum civiliter re-
 probatur.
 Qui civiliter possidet, præcisè etiam naturalem
 possessionem habere debet.
- 5 Secundum fundamentum deduci ex l. 3. ff. uti
 possid. docetur.
 Ejus l. verba preferunt, & eorum vis unico syl-
 logismo ponderatur.
 Interdictum uti possidetis datur ad tenendos pos-
 sessores in sua possessione.
 Responsio quedam aliquorum, qui dissolvere in-
 tendunt argumentum, refutatur.

Interdictum uti possidetis non dari nudis deten-
 tatoribus demonstratur.
 Ut quis possidere dicatur, nihil interesse an pos-
 sessionem justè habeat, an injustè; do-
 cetur.
 Qui vi alterum deicit, verè possidere ex l. 6. §.
 1. l. 25. §. 1. de acq. possess. l. 1. §. 30. de vi, &
 vi arm. ostenditur.
 Ut quis verè possessor dicatur, sufficere eam in-
 gredi fundum animo possidendi ex l. 18. §. pen.
 de acq. poss. traditur.
 Alia Cujacij responsio ad dict. l. 3. uti posside-
 tis referuntur, & non probatur.
 Eandem sententiam probari ex l. 3. §. 7. & seqq.
 de acquir. possess. ostenditur.
 Animo solo possessionem retineri posse ex dict. §.
 7. & l. 7. ff. de acquir. possess. traditur.
 Nullam possessionem acquiri, neque amitti posse,
 nisi animo & corpore simul doceatur.
 Dicit. l. 18. §. pen. ad propositum nostra senten-
 tia ponderatur.
 Propter ingressum alterius verus possessor non
 amittit statim possessionem l. 27. de acquir.
 possess.
 Afferuntur varij casus, in quibus referuntur va-
 ria exempla multiplicis possessionis de una
 tantum re.
 De duplici possessione est l. 32. l. 36. & seqq.
 l. 49. de acquir. possess. l. 16. l. 3. §. 4. & seqq.
 de uluca p.

8 Quadruplicem possessionem unius hominis dari
 ex l. 3. §. 12. ad exhib. docetur.
 Triplicem possessionem unius rei dari ex l. ult.
 uti possidetis demonstratur.
 Referuntur aliqui Authores, qui unius rei di-
 versas possessiones admiserunt.
 Si primus emphyteuta alium emphyteutam con-
 stituerit, utrumque emphyteutam possidere
 doceatur & num. seqq.

9 An uterq; emphyteuta civilis, & naturalem
 possessionem simul habeant.
 An idem admittendum sit de domino, vasallo,
 & subvasallo?
 An servitutes prædiales à pluribus in solidum
 possideri possint?
 An eorum, quæ publicæ sunt, usum singulorum
 esse dici possit?
 Attinguntur l. 1. 2. & tot. tit. de popul. actionib.
 l. 4. §. 2. ff. de procurat. l. 1. & tot. tit. de loc.
 & itiner. public. l. 2. & tot. tit. ne quid in
 loc. public.
 Adducuntur l. 7. §. 5. & duob. seqq. & §. 9.
 comm. divid. eorumque ratio attingitur.
 Adducuntur etiam l. 4. l. 49. de oper. libert. l. 8.
 de noxal. action.

10 An duo, vel plures in solidum respectu unius par-
 tis rem possidere possint?
 Unius rei pro eadem parte naturalis apprehensio
 esse nequit sine corporum penetratione.
 Ad id propositum verba, & sensus l. 3. §. 5. de
 acquir. possess. repetuntur.
 An respectu diversarum partium plures unius
 rei possessores esse possint?
 Adducuntur, & explicantur verba l. 3. §. 1. de
 acquir. possess. num. seqq.

11 Objectio subtilis, quæ contra explicationem no-
 stram afferri potest, proponitur.
 Non potest dici occupatus totus fundus, cujus
 pars occupari non potest.
 Eadem subtilitate objectio superior ex l. 3.
 §. 1.

- §. 1. de acquir. posses. diffinitur.
- Realis possessio incipit ex una parte fundi, non extenditur realiter per totum fundum.
- 12. Nestram interpretationem ex l. 3. §. 5. de acquir. posses. probari demonstratur.
- In eodem §. quo modo intelligi debeant verba eadem possessio ostenditur.
- Alia esse eandem possessionem apud duos esse, aliud duo eandem rem possidere ostenditur.
- Quo modo interpretandi sunt text. in dict. l. 3. §. 5. de acq. posses. l. 19. de precat. l. 3. §. 5. in commod. deccur.
- Qua in re in dict. §. 5. à Labone reprehensus fuerit Trebatius, traditur.
- 13. Labonem in rem sui fiducia plurima innovasse ostenditur.
- Eandem facillimum fuisse ad contradicendum demonstratur.
- Arguendo in multis ipse se opposuit & de Labone locus. Horatij adducitur.
- Quid Labo responderit decreto Senatus edito quoad custodiam Augustum demonstratur.
- Attius Capitonem principatum juris tempore Labonis obtinisse docetur.
- Capite in his, qui tradita sibi erant, absque innovatione perseverabat.
- Unde, & qua ratione originem habuerint schole Sabinianorum, & Proculianorum, ostenditur.
- Adducitur l. 3. C. de posthum. haered. instit. §. 26. instit. de rer. divis. & quare in his locis retineatur sententia Sabinianorum?
- Capitonis, & Labonis secta qui Jurisconsulti principes fuerunt, traditur.
- An ex hac diversitate hujus sectae proveniret divergentia in hac quaestione, an duo possint in solidum eandem rem possidere.
- Circa hanc quaestione concordasse sententias apud utramque scholam ostenditur.

Hunc possessionis tractatum tam longa capitum varietate scripsi, ut expeditius hanc quaestionem possem pertractare: varij enim sunt ex antiquis, & etiam ex Recentioribus, qui univocè professi sunt, duo in solidum unam rem possidere non posse: & ut subtiliores referam, eam sententiam passim amplectitur D. D. Melchior de Valentia illustr. tract. 1. cap. 1. num. 7. cap. 2. num. 4. 11. & 45. c. 3. num. 14. & seqq. cap. 11. num. 10. Donel. lib. 5. cap. 6. comm. jur. civil. & lib. 1. §. cap. 38. Oluvald. ibi liter. X. idem Donel. ad tit. C. de possid. n. 7. & seqq. Pichard. ad tit. de interd. Connan. lib. 3. comm. cap. 10. Turramin. de subst. posses. cap. 2. Cujac. lib. 9. obser. obser. 32. Ant. Fab. in jurispr. Papin. tit. 2. princ. §. illat. §. vers. pender. tit. 1. princ. §. illat. 26. & in rationem. ad l. si certo §. si duobus vehiculum in fin. ff. conuod. & in jurispr. dict. tit. 2. princ. §. illat. 5. Gothofred. in l. possideri §. 5. ex contrario §. & ibi passim D. D. de acquir. poss. Bouch. tract. feud. c. 9. num. 26. Hieronym. Treutl. 2. disp. 2. thes. 4. in fin. Eorum tria sunt fundamenta tenacissima, & satis expressa. Primum, quod Jurisconsulti Pauli est, stat in l. possideri §. 5. ex contrario §. de acquir. posses. cujus haec sunt verba: Ex contrario si res eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque idem tenere videaris. Sabinus rationem scribit eum, qui precario dederit, & ipsum possidere, & eum qui precario acceperit. Idem Trebatius precario existens posse aliam justè, aliam injustè

possidere: duos injustè, vel duos justè non posse; quomodo Labone reprehendit. Quoniam in summa possessione non multum inter est, iuste quis, an injustè possideat; quod est verius: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sedeo tu sedere videaris: cum enim possessio facti sit non solum quoad acquisitionem civilis possessionis, sed etiam quoad ejus retentionem, ita ut neque acquiri, neque retineri civilis possessio possit, nisi per naturalem possessionem; & semel fundum per priorem possessionem occupatum nemo possit occupare, quia super eum alia occupatio cadere nequit, quin detur penetratio corporum, & ea per naturam impossibilis sit; hinc tradit Paulus à duobus in solidum unam rem possideri non posse quia est contra naturam, ut tu absque corporis penetratione stes, ubi ego sto; & ubi ego sedeo, tu quoque sedere videaris.

Secundum fundamentum superiori simile, stat apud Julianum in l. duo §. ff. precat. ibi: duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere, aut clam: nam neque iuste, neque injustè possessiones dua concurrere possunt. Tertium fundamentum apud Ulpianum reperitur in l. si ut vero loco §. si duobus vehiculum in fin. ff. commo. ibi: Si duobus (inquit) vehiculum commodatum sit, vel locatum simul; Celsus filius scripsit libro sexto Digestorum quari posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur: & ait, duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse, nec quengquam partem corporis dominium esse: sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere: usum autem balinei quidem, vel porticus, vel campi unius, & jusque in solidum esse: neque enim minus me uti, quod & alius utatur. Verum in vehiculo commodato, vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam: sed esse verius ait, & aditum, & culpam, & diligentiam, & custodiam me prestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur, etsi alter conventus praesiterit, liberabit alterum: & ambobus competit furti actio. Hisce tribus locis tota nititur haec sententia, quae tamen non ad d. sunt insuperabilia, ut non possint iustè, & verè interpretatione commode (ut postea faciemus) explicari, & leniri.

Altera sententia est, quam & nos libenter sequimur, duo plures vè in solidum unam, eandemque rem uno, eodemque tempore tam civiliter, quam naturaliter posse possidere: hanc amplectuntur Bart. in dict. l. possideri §. 5. ex contrario §. Caltrini. Zaf. in l. 1. §. per servum ff. de acquir. posses. Jason ibid. & in dict. l. 3. §. ex contrario. Affirmat etiam Vaconius à Vacona duo, pluresve eandem rem civiliter possidere posse lib. 2. declarat. 39. num. 2. & 4. duo verò, pluresve naturaliter in solidum possidere non posse, ibidem num. 7. ait: sed ejus sententiam duplici ratione contemnimus. Prima, quod supponat, civilem possessionem esse illam, quae animo solo retinetur: & ita duo, vel plures posse fundi possessionem retinere: & quod sic naturalis possessio retineri non possit: quam opinionem supra hoc lib. cap. 5. abundè refutavimus, & ibi probavimus, non modò civilem, sed etiam naturalem possessionem animo retineri posse. Secunda ratio est, quod sine naturali possessione non possit neque acquiri, neque retineri civilis possessio: ita ut in consequentiam amittat naturalis possessio etiam civilis possessio amittatur, ut diximus supra. Praeterea ipsius possessionis civilis retentionem in solidum apud duos, pluresve possessores tam fictitiis cogitationibus probat

bat, ut certè imitari non mereatur in materia possessionis, quae totum suum esse habet ab apprehensione rei possessae: quae quidem apprehensio realis cum sit, non nisi realibus (ut ita loquar) rationibus explicanda est, neque aliter explicari debet. Nostram sententiam perspicue, & mirè singularitate sublinet, & variis Consultorum testimoniis confirmat Petrus Frideric. Muidan. de acquir. posses. cap. 10. per tot. & antequam ad ulteriora progrediamur prius ad proferenda jura, quibus nostra sententia niti videtur, perveniamus.

Primo adduco Pomponium, in l. & habet 15. §. eum qui 4. ff. de precat. ibi: Eum qui precario (inquit) rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est; placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset penes eum, qui rogasset, quae possideat corpore; penes dominum quia non discesserit animo possessionem. Ponderemus nunc verba Pomponij in eo, qui rogavit precarium possessionem sibi, dubium non esse quin possideat, ait: & verum est, ut supra probatum relinquimus hoc lib. cap. 3. num. 5. & cap. 8. ubi egimus de precarij forma ad hoc, ut possessio transferatur in eo, qui precarium rogaverit: ergo dubitatio, an possideat, nec nò, solù stat in eo, qui precario concessit: sed in eo etiam placuit, ut possessio ipsa, quam antea habebat, apud eum remaneret: ergo etiam ille verè possidet, & antiquam possessionem retinet: sed illa possessio, quae habebat ante precarij concessionem, erat naturalis, & civilis, ergo civilem & naturalem possessionem retinet, quia retinet illam, quam antea habebat: si enim alia numero esset, non diceretur, retinere, seu non discessisse à sua possessione, sed novam possessionem acquisivisse. Ulterius, nova possessio esse non potest, quia postquam precario dederat, nullus corporalis actus ad eam adipiscendam intervenit, & sine eo possessionem acquiri non posse constat ex l. quemadmodum §. ff. de acq. poss. de quo fuisset agemus infra c. 1. ergo est ipsa antiqua possessio haec, quae retinetur ab eo, qui precario possessionem concesserat: ac per consequens illum hominem, de quo in specie d. §. eum qui agit, duo in solidum nempe precario rogans, & qui precario concessit simul eodemque tempore possident. Neque effugies hujus argumenti difficultatem, si dixeris unum eorum, qui possident, civiliter; alium verò naturaliter possidere: nam praeterquam quod non est facile assignare, quis eorum naturaliter tantum possideat, quia unusquisque animum sibi possidendi habet; quod ad civiliter possidendum sufficere supra probavimus; adhuc illà responsione plus urget nostrum argumentum. Venius enim libenter, quod si unus eorum naturaliter tantum possideat: ex hoc nihil aliud sequitur, quam quod duo in solidum naturaliter possideant: quod est difficillimum: contra naturam quippe est, ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto: vel in quo ego sedeo, tu quoque sedere videaris dict. §. ex contrario. Probo sequelam, nam precisè qui civiliter possidet, naturalem possessionem etiam habet: ita ut si amittat naturalem, in consequentiam ejus amissionis possessio quoque civilis amittatur, ut probavimus supra hoc lib. cap. 5. num. 7. Sed in dicta responsione faceret, alterum naturaliter tantum sibi possidere, alterum civiliter: ergo duo in solidum eandem hominem naturaliter possident; cum unus naturaliter, & civiliter possideat, alter verò naturaliter sibi teneat.

Ulpianus non obstantè, quod in dict. l. si ut certo §. ff. in fin. ff. commod. & hoc sic secundum fundamentum Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

damentum nostrae sententiae) unà cum Cello filio propofuerat hanc quaestionem, sic eam decidit in l. si duo §. ff. uti possideris. ibi: Si duo possident in solidum, videamus quid sit dicendum; quod qualiter procedat, tractemus: si quis proponeret possessionem justam, & injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi, aut clam: si à me possides superior sum interdictione: si verò non à me, neuter nostrum vincetur: nam, & tu possides, & ego. Ex quibus verbis sic conficio argumentum: in eo textu agitur de conservanda possessione per interdictum, uti possideris, quod quid interdictum statutum est ad tuendos possessores in sua possessione, l. 1. §. est igitur 4. eodem tit. §. restituenda 4. instituit, de interd. & non datur nisi propter praesentem possessionem veram, dict. leg. 1. §. 4. & §. interdictum 7. cum sequentibus, l. 2. dict. l. si duo 3. §. creditores 8. dict. tit. uti possid. sed in dict. l. si duo 3. utriusque possessori simul competit eodem tempore hoc interdictum ergo duo in solidum possident. Quam rectè respondeat huic argumento Valentia dict. tract. 2. cap. 3. num. 18. sequutus vestigia D. nelli lib. 15. comm. jur. civil. cap. 12. & Franc. David de Arg. in notis jur. tract. de interd. tit. de interd. cognoscere facillè quicumque eum legerit: ex ipsius enim verbis: absque ulla impugnatione aperta sic levitas ejus resolutionis: nam ibi ait, potest tamen non incommode dici, duos possessores in his interdictis inveniri, si non jus, sed affectum spectemus possidentium: sed si vè spectetur jus, sive affectus possidentiam, semper verum est dicere hoc interdictum uti possideris non dari nisi veris possessoribus, quia nudis detentatoribus non datur, ut constat ex dict. §. creditores: ergo duo illi in dict. l. si duo 3. enumerati sive ratione affectus, sive ratione juris, in solidum unam rem possident uno, eodemque tempore. Ulterius, quid facit haec distinctio, scilicet aut ratione juris, aut ratione affectus? nihil nisi denotare illam possessionem, quae jure licito comitante consistit, justam esse illam vè d, quae solo possidentis affectu absque ullo juris, & tituli adminiculo detinetur, injustam esse. sed ad hoc ut dicamus possessionem veram esse, & possessores verè possidere, nihil interest an iustè quis, an injustè possideat, d. l. possideri §. 5. ex contrario §. ff. de acquir. posses. l. iusta 2. ff. uti possideris: Alioquin qui vi deiecit alterum, quia nullà alià ratione, vel titulo possidet, quam ratione affectus, non possideret: quod quàm alienum à jure sit, constat ex l. clam §. 1. in fin. ff. de acquir. posses. l. si id quod 25. §. 1. in fin. dict. tit. l. 1. §. qui à me 30. ff. de vi, & vi arm. & ex his; quae scripsimus supra hoc lib. cap. 3. versicul. non d, qui vi, aut clam: ergo in dict. l. si duo 3. verè possessores sunt illi duo, quibus competit simul interdictum, uti possideris: quia ut verè possessor quis sit, sufficit animo possessoris ingredi in fundum, l. quod meo 18. §. penult. ff. de acquir. posses. ibi: Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit. Neque d. l. si duo, vim effugiet; si quis cum Cujacio dixerit; illam de mente Sabinianorum, quorum in hac quaestione reprobata fuit sententia; proponi tantum non verè sequi; (sed de hac sententia, & an in ea diversi fuerint Proculiani, & Sabiniani vide infra hoc cap. num. 12. & seq.) non enim illa lex ad Sabinianum, sed ad perpetuum edictum scripta est, ut docuit rectè Frideric. Muidan. de acquir. possession. cap. 10. num. 17. vers. & de nihilo, neque audiendus est Joann. Wiffembachius qui disput. §. 1. num. 24. suavisimè ait sententiam d. l. non posse defendi quasi illa sit contra Pauli, & Labonis mentem.

6. Et etiam Paulus pro tercio sententia nolite fundamenta) in d. l. possideri 3. §. sed et si animo 7. cui seq. ff. de acquir. poss. ex communi omnium Consulorum sententia duos in solidum eandem rem possidere posse non obsecundum testatur, dum ait, quid etiam animo solo possessionem retineamus, licet alter eam ingressus sit, ubique habere velit: deinde nos accedere, eamque retinere velimus, & possimus: dicit §. verba sunt hæc: Sed est animo solo possideri, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possidet. Idemque & Neratium scripsisse testatur ipse Paulus in l. est nolite 7. eod. tit. ibi: Esti nolite in fundum reverti, quod vim majorem voveatur, amississe possessionem videbitur: & ita Neratius quoque scripsit. Eodem modo Labeo, quem in testimonium adducit Ulpianus in l. dicitur 6. §. 1. ff. de acquir. poss. duos ejusdem rei possessores constituit, dum ait: & eum qui ad nundinas profectus est, & eum qui absentis possessionem occupaverat, simul possidere: nam quemadmodum nulla possessio acquiritur nisi animo simul, & corpore potest: ita nulla emittitur, nisi in qua utrumque in consensum actum sit, l. quemadmodum 8. ff. de acquir. poss. Unde sit, ut qui ad nundinas profectus fuit, possideat, & animo suam possessionem retineat, neque prius eam amittat, quam reversus ei non permittatur ingredi in fundum, studiumque & voluntatem retinendæ possessionis depoluerit, dicit §. 1. l. dicitur, & text. in l. si id quod 15. §. fin. eod. tit. ff. de acquir. poss. Sed illo tempore, quo in nundinis remanet, & habet animum revertendi ad fundum, in quo neminem reliquerit, adhuc possidet: & etiam eo tempore is, qui absente eo ejus possessionem occupavit, simili modo etiam possidet, ut aperit decidit in dicit §. 1. & dicit l. 25. §. fin. ergo tempore illo verum est duo in solidum unum, & eandem fundum possidere. Ex quibus & Celsus in l. quod meo 18. §. pen. & ult. eod. tit. Si dum in alia parte fundi sum (inquit) alius quis etiam animo possessoris intraverit, non desisse illico possidere existimandus sum facile expulsum finibus simul scire. Rursus si cum magna vi ingressus est exercitibus, eam eantemmodo partem, quam intraverit, obtinet. Et hæc adeo vera sunt, ut propter ingressum alienius verus possessor non desinat possidere, etiam si furere cepisset, ut testatur Proculus in l. si is qui 27. ff. de acquir. poss.

7. Afferamus nunc varios casus, quibus multiplicis possessionis exempla ostendantur. Conductor rem vendidit, & eam ab emptore conduxit, & utriusque mercedem præstitit: & si prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet, jurisque potior sit: attamen & emptor, si posterior locator animum possidentis gerit secundum Paulum in l. quantumvis 32. §. 1. ff. de acq. poss. quem textum supra explicuimus. Sic pignoris nomine rei possessione tradita non tantum à domino ipso civiliter possidetur ratione proprietatis, sed etiam verissime ab ipso creditore ratione pignoris, quod habet, possessio tenetur, aded ut creditor suam, quam habet possessionem corporalem, ipsi debitori precario dare, & locare, & sic per eam rem possidere queat, text. in l. q. i. pignoris 36. §. 1. ff. de acquir. poss. qua in lege pro verbis à creditore canonicis legendum esse à credi. ut io. ait, vel à debitore conducta, rectè monet Petrus Frederic, Mindan. de acquir. poss. cap. 10. num. 21. neque aliis consilare posse ejus verba, nisi interpolata hac levissima emendatione: quæ admittit sic illa sonant: res pignoris nomine data, & possessione tradita, deinde à debi-

toris conducta convenit (id est, conveniens est uti ex dicimus supra hoc lib. cap. 4. num. 7.) ut is, qui hypothecam dedisset pro colono in agro, adibus autem pro inquilino sit, per eos creator possidere videtur, text. in l. ferri nomine 16. ubi C. ujacius, l. non solam 33. §. qui pignori 4. seq. ff. de usufructu. Neguliant, de pignori part. 3. memb. 1. n. 3. 2. Quibus convenit etiam Africanus in l. si de eo fundo 40. ff. de acq. poss. ibi: Si de eo fundo, quem cum possiderem, pignori tibi dedi, servus tuus te deticiat, adhuc te possidere, ait, quoniam nihilominus per ipsum servum possessionem retineas, quos in leges Africanus tres ejusdem rei possessores ostendit, atque exhibet: primò dominum, secundò creditorem: tertio, ejus servum, si scilicet & servituti, & possessionis causam domino suo intervertere conetur.

Præterea quadruplicis possessionis ratione ejusdem hominis, sed diverso respectu, & jure sit mentio, in l. in hac 3. §. Pomponius 12. ff. ad exhibend. ubi Ulpianus ex Pomponio refert ejusdem hominis nomine rectè plures ad exhibendum simul agere posse, forte si homo primi sit, secundi usufructus, tertius possessionem suam contendat, quartus eum sibi pignoratam esse affirmet, &c. ubi proprietarij, iterum fructuarij, deinde tertij possessio allegatur, postremò creditoris pignoratitij, & forsan si is, contra quem agitur, sibi quoque possessionem defendat, quinque erunt illius hominis possessores. Ad idem conducit text. in l. fin. ff. uti possid. ubi ipse Ulpianus respectu ejusdem fundi, & domino, & fructuario tanquam veris possessoribus interdicitum uti possideris competere tradit & merito, hoc enim juris ratio exigit, & innumeris exemplis confirmatur. Ita duo, pluresve usufruarij, vel fructuarij eandem rem possidere possunt, non respectu ejusdem speciei, vel partis, vel usus, sed diversimodè: singuli enim suum jus habent, cujus respectu possideant, per l. usus pars 19. ff. de usu, & habitat. Bart. in dicit. l. possideri 3. §. ex contrario 5. ff. de acquir. poss. num. 13. Sic dominus civilem suam possessionem retinendo facit emphyteutam, qui quidem possideat naturaliter, & civiliter, non respectu dominij, sed ratione juris, quod habet, ut diximus supra hoc lib. cap. 3. num. 2. Deinde si hic emphyteuta alium emphyteutam ejusdem rei faciat, quem consentiente domino fieri posse tradit Jason, in l. finali, C. de jur. emphyt. n. 100. Clarus §. emphyteusis, quest. 20. annè & iste secundus possideat, quaeritur? & Bartolum contra glossas aliquas secundum emphyteutam possidere rectissime affirmasse docet Mindan. dicit. cap. 10. num. 23.

Itaque prior emphyteuta civilem possessionem retinet, naturalem, seu (ut melius dicam) corporalem in subemphyteutam transfert; qui ex titulo, & causa, quam habet, etiam juri suo civiliter incumbit, & sic civiliter possidet. Eadem est etiam ratio domini, vassalli, & subvassalli. Ita fundus dotalis tam à marito, quam ab uxore ipsa possidetur. Sic servitutes, que sunt jura incorporalia, veluti servitus eandi, ambulandi, vehendi, &c. à pluribus in solidum possidentur, res ipsa, & experientia docet, & communis est omnium sententia. Qualiter & ea, que sunt publica, quamvis nullius sint quantum ad proprietatem, uti tamen singulorum in solidum sunt, l. 1. & seq. & tot. tit. ff. de popular. action. l. minus 43. §. in popularibus 2. ff. de procurator. l. 1. & tot. tit. ff. de loc. & itin. public. l. prator ait 2. & tot. tit. ne quid in loc. public. vel comm. fiat. Eadem denique est ratio rerum communium, l. communis 7. §. Julianus 56. & duob. seq. & §. planè 9. ff. commun.

ff. commun. dicit. Sic unus servus vel unus libertus potest duobus dominis in solidum operas edere, in l. asobus 4. l. deorum 29. ff. de oper. libert. Sic plurius quis servus esse potest, aded ut ratione furri à communi servo committi dominus in solidum teneantur, l. si servus 8. ff. de noxal. action. Quibus fundamentis cognoscitur rectè Authores supra hoc cap. num. 3. enumeratos affirmasse, duos, pluresve unam, & eandem rem, uno eodemque tempore tam civiliter, quam naturaliter in solidum posse possidere.

10. Tamen ad clariorem hujus questionis intelligentiam scire oportet (quod valde notandum est) non posse unam rem possideri à duobus, vel pluribus possessoribus in solidum uno, & eodem tempore respectu unius partis, & loci ejusdem rei, que possidetur: nam occupata ipsius parte per apprehensionem realem, seu corporalem possidentis, non potest alia corporalis apprehensio ejusdem partis, & loci esse, quin detur corporum penetratio: contra naturam quippè est, ut Paulus ait in l. possideri 3. §. ex contrario 5. ff. de acquir. poss. quod tu stes ubi ego sto; vel ubi ego sedeo: ut quoque sedere videaris: si verò possessio unius rei apprehendatur respectu diversæ partis, & loci, ita ut tu ex una parte apprehendas, rem incumbendo tuo juri, ego ex alia parte eandem rem teneam animo mihi possidendi, & incumbendo etiam meo juri, & diverso respectu rem apprehendam, ut Bartolus ait in dicit. l. 3. §. ex contrario, tunc duo, pluresve in solidum eandem rem poterunt possidere, v. g. tu jure domini fundum apprehendisti ex una parte, & illa apprehensio in illo loco realiter facta extenditur per interpretationem nostram, & fictionem juris per totum fundum: & illa possessio, que corporalis est respectu illius loci, & partis, quæ verè apprehenditur per animum nostrum extenditur ad omnes glebas fundi, text. in d. l. possideri 3. §. 1. ff. de acquir. poss. Et adipsam possessionem corpore, & animo: neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus, & corpore, & animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipientem esse, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circum ambulet, sed sufficit, quavis parte rem ejus fundi introire, dum mente, & cogitatione hæc sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere: ego potest, vel in eodem tempore respectu juris usufructus forsan, qui incumbit, ex alia parte distincta apprehendo ipsam fundo: & illa corporalis apprehensio, qua partem illam fundi realiter occupavi, similiter cogitatione meâ extenditur per totum illum fundum: & sic etiam ego jure usufructus possideo totum fundum. Et hoc modo de aliis possessionibus respectu diversarum partium, & jurtum si plurimi sint possessores, philosophandum est.

11. Sed subtiliter objicies: hæc licet vera sint, saltem in ea parte fundi, que corporaliter tenetur à primo possessore, qui ea pars realiter occupata est verè, & naturali apprehensione, non poterit introire secunda possessio, que cepit per apprehensionem diversæ partis, & loci: ergo saltem in eo loco non erit duplex possessio, & possessio: sed hoc sufficit, ut non possit dici in solidum possideri posse totum fundum à pluribus possessoribus, quia non potest dici totus fundus occupari, cujus pars aliqua occupari non potest: ergo duo, vel plures in solidum unam, eandemque rem non poterunt possidere. Hæc subtilissima sunt, & necuntur in illis, §. ex contrario verbis, contra naturam quippè est, ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo

ego sedeo, in sedere videaris, sed eadem subtilitate dissolvuntur ex ipsa l. possideri 3. §. & adipsam rem in nam parte aliqua fundi corporaliter occupata, illa possessio, que incipit ex illa parte realiter per unâ apprehensionem, ex dicitur ad ceteras omnes fundi illius partes, & simili modo realis, sicut inceperit, est illa possessio, que transfunditur per totum fundum, nõ tamè realiter extenditur: nam sicut Ulpianus tradit in d. l. si ut certo 5. §. fin. ff. de commo. ibi: Quia non omnia vehiculi loca uterque tenet, non omnia fundi loca realiter possessor tenet, sed per fictionem ad ceteras portiones prædij: audi dicit §. verba, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit, quavis parte rem ejus fundi introire, dum mente, & cogitatione hæc sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere, ubi extensio possessionis fictitia est ex mente, & cogitatione nostra pendens: itaque licet illa possessio, que realiter incipit, sit ipsa, que extenditur, non tamen realiter extenditur, sed nostro intellectu fictitiè creditur extendi ad ceteras illius fundi, qui possidetur portiones: si ergo fictitia est, consistens tantum in apprehensione mentis nostræ, & hæc cogitatio nostra, per quam transfunditur possessio incorporalis est; quid prohibet, ut illa introimitur in partem illam occupatam per possessoris corporalem apprehensionem; si sicut est realis illa possessio respectu illius partis, & quam occupat possessor, realiter extenderetur etiam ad ceteras fundi partes; tunc quia penetratio corporum impossibilis, & contra naturam est, impossibilis, & contra naturam etiam esset extensio secundæ possessionis ad illam partem, que per primam possessionem realiter occupata est; sed non sit realiter extensio illa per reales actus corporis, sed fictitiè per animum & mentis apprehensionem, que quidem omnia penetrat, etiam intima corporaliæ rerum: ergo non est contra naturam, ut realis possessionis extensio, que mente, & cogitatione nostra fictitiè sit, penetret illam possessionem fundi, quam primus possessor realiter occupatam tenet.

Expressus hac in re meo videri est Paulus in dicit. l. 1. possideri 3. §. ex contrario, ibi: Non enim magis eandem possessio apud duos esse potest, quam ut in stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo tu sedere videaris, quibus ponderanda sunt illa verba: Eadem possessio, nam his docet Consultus, eandem possessionem respectu ejusdem partis, loci, & juris apprehensam; apud duos esse non posse: quod verissimum est, (& nos etiam libertate fatemur) non solum apud Sabinianos, & sic etiam Philocephos, quam jurisprudentes, nam omnium sententia absurdissimum est: contra naturam quippè est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque idem tenere videaris: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, ut rectè Paulus argumentatur de eodem, & una apprehensione unius rei; non tamen ex eo negat, quod diversæ possessiones, & diversi possessores unius respectu diversarum partium esse possint: nam ut in præcedentibus demonstravimus, eadem res à diversis possessoribus possideri potest: longè enim aliud est dicere, duo eandem habere possessionem unius rei respectu ejusdem partis, & loci: aliud dicere duo in solidum eandem rem possidere quidem, sed diversis possessionibus respectu diversarum partium, & locorum quod neminem Jurisconsultorum negasse firmiter semper mihi persuasum habui. Et hoc interpretationis genere

incorporari. & intelligendi sunt text. in d. posside-
re. §. ex contrario, text. in l. duo in solidum 19 ff. pre-
scribitur. §. si quis in ff. communi. quos contra-
rius naturalibus supra hoc cap. num. 1. & 2. quam in-
terpretationem, licet non ita ornate scriptam, sum-
pimus à Paulo Historico Mindano de acquir. pos-
sess. cap. 10. num. 11. & trib. seqq. qui etiam in num. 7.
explicans illa verba dict. l. §. 8. ex contrario, ibi: *Idem*
Trebatius probat existimans posse alium iuste, alium
*in iuste possidere: duos iniuste, vel duos iuste non pos-
se: quoniam in summa possessione non multum interest, iuste quis, an iniuste possi-
deat; docet, quod Labeo reprehenderit Trebatium,*
non in eo, quod dixisset, unum iuste, alium iniuste
possidere posse; sed in eo, quod cum unum iuste,
alium iniuste possidere posse dixisset; quod tamen
iuste, vel duos iniuste possidere posse negaverit:
quod probatur rectissime Labeonem reprehendisse
tradit Paulus, quoniam in summa possessionis
non multum interest, iuste quis, an iniuste possi-
deat, ut explicavimus supra lib. 2. cap. 9. num. 12. in
fin. Sileant ergo ex his, quæ diximus frivole cogi-
tationes Vaconij à Vacuna lib. 2. declarat. 39. circa
dict. l. si ut certo §. 8. si duobus ff. communi. l. possideri 3.
§. ex contrario §. ff. de acquir. poss.

3 Labeo, ut de eo affirmat Pomponius in l. 2. §. post
hunc 47. versic. Labeo, ff. de orig. jur. Ingenij qualita-
re; & fiducia doctrinæ, & quod ceteris operis sapien-
tiæ (hoc est Philosophiæ) operam dederant, plurima
innovare instituebat, facillimus etiam fuit ad con-
tradiciendum, ut Augusto quoque in multis sese
opponere non dubitaverit: qua in re ab Horatio no-
tatur lib. 1. serm. Satyr. 3.

*Labeone insanior inter
Sanos dicitur, quanto hoc furiosius, atque
Majus peccatum est.*

Ubi Horatius inter cetera, & illud in gratiam Au-
gusti tacite capit, quod cum in Senatu aliquando
tractatum esset convenire ut Augustum ipsi per
ordinem singuli custodirent, solum Labeo testante
Dionysio lib. 54. somnolentum se, & excubiis pro
Augusto faciendis inhabilem esse dixerit: quod
etiam Eberlin in comm. ad tit. de origin. jur. in vita
Labeonis notavit, & nonnulla circa Labeonis in
contradiciendo libertatem, scribit Christophorus
Besoldus in delibatis juris lib. 4. pandect. quest. 7. Eo-
dem tempore Attius Capito Principem in civitate
locum studiis civilibus assequutus fuit, ut docet idē
Pomponius in dict. §. 47. Cornel. Tacit. lib. 3. annal.
& Sueton. de illustr. Gram. Itaque Capito divini, at-
que humani juris scientissimus, prout in his, quæ
tradita sibi fuerunt, perseverabat, & non ratō Anti-
stiti Labeonis responsa improbavit: quo factum est,
ut eorum discipuli in duas quasi sectas abierint, ex
quarum alter Cassiani, vel Sabiniani appellati
sunt, & profuerunt; & isti sequebantur Capitonis
disciplinam, qui reant in proferendis sententiis suis
modestissimi: altera secta fuit eorum, qui Labeonis
dogmata sequebantur, & hi vocati sunt Proculia-
ni, qui suæ doctrinæ confidentiores, & tumidiore
fuerunt, ut ad rixas interdum sanè proniores viden-
tur; quo nomine & Imperator Justinianus in l. quod
certatum §. C. de posthum. hered. inst. Sabinianorum
sententiam retinet, & in §. cum ex aliena 16. instit.
de acquir. rer. domin. Proculianorum nimirum à Sabi-
niani digressos, ad mediam quandam reduxit, Ca-
pitanis quidem sectæ principes fuerunt, Masurius
Sabinus, C. Cassius Longinus, Celsus, Sabinus Priscus,
Javolenus, Aburnus Valens, Tutianus, & Salvius Ju-

lianus. Labeonis verò sectæ principes fuerunt, Ner-
va pater, Proculus, Nerva filius, Longinus, Pegasus, Celsus
pater, Celsus filius, & Neratius Priscus, prout refert
Pomponius in dict. l. 2. §. 47. in fin. ff. de origin. jur.
Isti utriusque sectæ principibus tribuitur dissen-
sus in hac questione, an duo in solidum unam rem
possidere possint per Cujacium lib. 9. observat. cap.
32. & lib. 17. cap. 2. & in recitat. solemn. in d. posside-
ri 3. §. ex contrario 3. Broncorst enancipha cent. 3. as-
sert. 82. quos refert D. D. Melchior de Valentia il-
lustr. tract. 2. cap. 3. num. 16. & alij: nullam tamen in
ea dissensionem fuisse ex dictis manifestissime ap-
paret: nam in eo casu, quo Labeo putat, duo in soli-
dum possidere non posse, hoc est, quando eadem
possessio est respectu ejusdem partis, & loci; neque
Sabiniani, neque alius Jurisconsultus unquam nega-
vit non posse tunc de una re esse duos possessores: &
ita inter Proculianos, & Sabinianos concordēs sem-
per fuerunt hæc de re animi motus: quod & fatetur,
& rectè demonstrat Petr. Frideric. Mindan. d. c. 10.
n. 7. & seqq. Rectè ergo probatum manet, quod duo,
vel plures unam, eandemque rem, uno, eodēque te-
pore rām civiliter, quàm naturaliter possint posside-
re. Cum hæc in publica concertatione substinuissem,
quidam objecit sic: si res possessa esset adeo exigua,
ut per unum possessorem occupata, non relinqueret-
ur ejus pars aliqua, ex qua alter possessor apprehen-
disset, tunc duo possessores ejusdem rei esse non pos-
sent: ergo saltem quando exigua res est, quæ posside-
tur, duo possessores ejusdem rei esse non poterunt.
Sed huic objectioni facile satisfacimus dicendo: ve-
rum esse tunc non posse dari duos possessores; id ta-
men non provenire ex eo, quod repugnantēs sint
ejusdem rei duæ possessiones; sed ex eo: quod in tam
exigua re nulla sit pars, quæ nisi ab uno occupari
queat: & tota quæstio nostra semper præsupponit
rem talem esse debere, quod per diversas partes di-
versæ apprehensiones naturales fieri possint.

CAPUT XI.

Quarum rerum possessio acquiri non
possit, & per quas personas ipsa
acquiratur?

SUMMARIUM.

- 1 Solum ea, quæ in commercio sunt, possideri posse ostenditur.
Res sacre, religiosa, sancta, & liber homo possideri non possunt.
Res communes, atque publicæ possideri nequeunt, l. 5. §. fin. de acquir. possess. & num. seq.
- 2 Ratio à Paulo tradita in dict. §. fin. quomodo per Valentiam explicetur, ostenditur.
In dict. §. pro verbo uni legentes universi referantur.
Universitas an persona apta sit ad possidendum? Universitatem heredem institui posse ex Ulpiano tit. 12. §. 5. probatur & num. seq.
An universitatis persona de dolo teneri possit ex l. 14. de dol. traditur, & qua sit ejus ratio ostenditur, & num. seq.
Plurima militatis causa recepta fuisse in possessione ostenditur.
Quid circa municipes hac in re receptum fuerit, &

- & qua ratione, docetur.*
Adducuntur l. 2. de acquir. possess. l. 9. §. ut. cum l. seq. de public. in rem. action. & num. seq.
Per fictionem constitui personam municipalem, & quomodo constituitur, traditur.
Consensus res facti est, & etiam stipulationem, dum concipitur, facti esse docetur.
Ad ea, quæ facti sunt, fictiones juris extendi non possunt.
- 3 D. l. 1. §. fin. ejusque rationem alio modo explicari posse docetur.
Municipes ut universi, aut ut omnes consentire posse ex l. 8. Cod. de legib. demonstrantur?
Qua ratione Ulpianus tit. 24. §. 28. dicat, civitatibus omnibus legari posse, ostenditur.
Adducuntur l. 2. de reb. dub. l. 26. ff. ad S. C. Trebell.
Traditur conciliatio d. l. 1. §. fin. de acquir. poss. l. unica de libert. universit. cum l. 2. de acquir. possess.
- 4 Redditur ratio quare in l. 98. de cond. & demon. dubitatum fuerit, an conditio, si municipes juraissent, impossibilis sit?
Explicatur dict. l. 97. & conciliatur cum l. 26. eodem tit. l. 8. in princ. & §. 7. de cond. instit.
An universitas, vel civitas propriè delinquere possint, remissè ostenditur.
- 5 Quæ sint persona, quæ possidere possunt, docetur?
Possidentes intellectum, & voluntatem possidendi habere debere ex l. 1. §. 3. & 9. de acquir. possess. demonstratur.
Furiosus, & pupillus infans sine autoritate tutoris non possunt incipere possidere.
Furiosam nullam animam, neque voluntatem habere docetur.
Furiosus absens, & ignorans, & dormiens loco habetur.
Ad possessionis acquisitionem, retentionem, vel amissionem animus, & affectus debet intervenire.
- 6 Qua ratione furiosus amittere possessionem jam acquisitam, ex l. 27. de acquir. possess. non possit, ostenditur.
An furiosus latitare possit, & ex ea causa ejus bona vendi?
Plura negotia, quæ furiosus agere non potest, remissè congeruntur.
Superioribus obstat l. 3. §. 11. l. 6. §. 1. l. 44. de acquir. possess. l. 4. §. 3. l. 3. §. 4. l. 44. de usufructu.
Superior difficultas ex doctrina Valentia soluitur & illustratur.
Furiosus consentire, neque sentire potest.
Matrimonium ante favorem contractum post favorem subtrahitur, & quare.
- 7 Superiori solutioni replicatur ex l. 44. §. 6. de usufructu.
Difficultas soluitur, & quid receptum fuerit utilitatis gratiâ in d. §. 6. docetur.
An furiosus autoritate curatoris possessionem nancisci possit?
In quo differat pupillus infans à furioso ostenditur, & quare in l. 1. §. 3. de acq. poss. separantur, traditur.
- 8 Dict. l. 1. §. 3. in quantum attinet ad pupillum

- explicatur.*
Verbo pupillus infantem quoque comprehendit docetur.
Quis dicatur pupillus, itēque pupilla, atque infans, definitur.
Explicatur §. 9. cum seq. instit. de inutil. stipulat.
Pupillorum distinctio in pupillos majoris infantia, & infames variis locis probatur.
Quis dicatur infantia proximus, ostenditur.
Redditur ratio l. 32. §. 2. de acquir. possess. l. 6 §. 3. ad S. C. Trebell.
Ut pro herede geratur, factum simul, & animus requiritur.
- 9 Superioribus obstat l. 3. C. de acquir. possess. ejusque difficultas dissolvitur.
- 10 Quomodo intelligantur l. 1. §. 3. & l. 32. §. 2. de acquirend. possession. iterum docetur.
Quare pupillus sine tutoris autoritate possessionem acquirere possit; hereditatem verò adire non possit?
Hereditas commoda simul, & incommoda comprehendit.
Pupillus sine tutoris autoritate meliorem suam conditionem facere potest.
Quare pacta, quæ facti sunt, sine tutore non possit contrahere pupillus?
- 11 Noviter explicatur princip. institut. de auth. tutor.
Qui accipit pignus, meliorem suam conditionem facere videtur, & quare.
Plus cautionis est in rem; quàm in personam.
Quare in l. 38. de pignor. act. non valeat pignus datum pupillo sine tutore?
Quæ distinctio adhibenda sit ad d. princ. de aut. tutor. docetur.
In quibus contractibus pupillus sine tutore rectè obligetur, traditur.
Ad formandos contractus, qui re perficiuntur; nullus requiritur consensus.
- 13 Dict. l. 1. §. 5. de acquirend. possession. quomodo intelligatur ex l. 25. §. 1. eodem concipitur.
- 12 Dict. l. 1. §. 3. usque ad §. 9. & ex §. 12. usque ad §. 22. explicantur.
Servus alienus nomine meo possidens, mihi potest acquirere possessionem l. 34. §. fin. de acquir. possess.
Servus pro nullo habetur, & capit nullum habere creditur.
Ratione potestatis, & dominij servus omnia domini no acquirat.
Hæc in re diversimodè censendum esse de filiofamiliari docetur.
Explicatur l. 10. §. 2. de acquir. rer. dom. l. 4. de acquir. possess.
- 14 Explicatur l. 1. §. 1. l. 24. de acquirend. possession. & numer. super. dict. leg. 1. §. 20. l. 8. §. 1. de rebus eorum, l. 27. de administr. tutor.
Quare per possessionem acquisitam à procuratore non inchoetur usucapio: & an idem de filio.
- 15 Superiorum ratio redditur, & interpretatio Cujacij refutatur.
Illæ probatur ex l. 49. §. ultim. de acquirend. possession.
Servus, & filius nisi justam possessionem ex causa peculij non acquirunt.

EX definitione Donelli, quam de possessione tractavit, & nos testatimur supra cap. 2. num. 3. ad petitionem hujus questionis, sumimus nunc illa verba, *Qua in commercio sunt*, ut illorum generalitate ostendamus ea sola, quæ sunt in commercio hominum, posse possideri. Unde res sacras, sanctas religiosas, & alias, quia alia in commercio non sunt l. inter stipulantem § 3. §. sacram §. ff. de verborum obligationum non possidebimus, §. idem juris 2. institut. de mut. stipul. etiam liberum hominem non valemus possidere, l. §. liberi 4. de contrah. empr. cap. 2. extr. de reb. Eccles. non alien. l. qui universas 30. §. 1. ff. de acq. ff. ff. Quemadmodum nec res communes, atque publicas, ut forum, & basilicas, & his similia non possident municipes, vel cives, l. 1. §. fin. ff. de acquir. possess. sicut neque possidemus liberos nostros, quos in potestate habemus, dist. l. 1. §. per eum in quo §. ff. de acquirend. possession. quod quomodo intelligendum sit, latè scripsimus supra hoc libro capite 4. num. 13.

Quamvis attinet ad dist. l. 1. §. fin. rationem Pauli explicare debemus: ibi enim ait Consultus municipes per se nihil possidere posse, ea de causa, *Quia uni consentire non possunt*, ubi malè Gothofredus cum vulgaris exemplaribus pro verbo *uni* legit *universi*: quam emendationem etiam sequi videtur DD. Melchior de Valentia; tamen ut ille intelligit, non improba verum lectionem: nam (ut ipse ait tract. 2. illustr. cap. 1. §. num. 1.) cum municipium civitas, & quæcumque alia universitas sit nomen juris, & corpus quoddam, & persona l. 1. §. quibus 1. l. sicut. 7. §. fin. ff. quod cuiusque universi. an usufructus §. ff. de usufruct. stricto jure possidere non potest: & idè forum aut basilicam, cæteraque loca publica non possidet, sed promiscuè his utitur. Hujus rei ratio manifesta est, quia ad possessionem animus, & consensus requiritur l. possideri 3. §. in amittenda, l. quemadmodum §. ff. de acquir. possess. & municipes, vel cives, aut civitas uni consentire non possunt, ut Paulus docet in dist. §. fin. Unde Ulpianus in fragm. tit. 22. §. nec municipia §. ait: nec municipia, nec municipes hæredes institui posse, quoniam incertum corpus est, ut neque cernere universi, quia universi cernere hæreditatem non possunt: idèque neque de dolo tenentur, quia dolo facere non possunt, l. sed ex dolo 15. §. 1. de dolo: Utilitatis tamen causâ cum plurima circa possessionem, & usucapionem recepta sint, l. peregrine 44. §. questum 1. ff. de acquir. possess. l. iusto errore 44. §. nondum 3. ff. de usucapion. l. 1. l. per procuratorem 8. C. de acquir. possess. etiam illud receptum esse constare ait Valentia, ut possidere, usucapere municipes possint; idque eis per servum, & per liberam personam acquiratur, l. sed hoc jure 2. ff. de acquir. possess. non solum ex peculiari causa, ut Nerva sentiebat, sed etiam extra peculiarem, ut constat ex l. sive autem 9. §. ultim. cum l. sequent. de public. in rem action. ex quo textu eleganter apparere hoc fuisse jure singulari receptum, cum hæreditarius, & municipium servus conjungantur, neque ad rem facere docet, quod servus non possideat, cum possessio non semper ratione possessionis acquiratur, ut constat ex filiofamilias procuratore, & servo à nomine possessio l. quicquid 4. l. si me in vanciam 34. §. pen. ff. de acquir. præsertim cum eodem jure singulari eadem possessionem servi municipes habeant Hæc ita supradictò loco utque ad num. 4. Valentia, cujus mens in eo est, quod sit persona fictitia, quæ relinquitur ex multitudine civium, & municipium congregata: quæ quidem persona à municipibus ipsis, vel civibus per intellectum abstracta, & non sensibus, sed

mente tantum concepta existit, ut de fictione hæreditatis dicitur in l. hæreditas 50. ff. de hered. petir. de qua vide eundem Valentiam illustr. tract. 2. ad tit. de acquir. hered. cap. 1. n. 6. & seq. & ita hæc persona fictitia non potest consentire, quia consensus res facti est l. consilio 7. §. ult. ff. de curat. furios. l. 1. §. conventio 3. l. divisionis 45. ff. de pact. idèque dum concipitur, & producitur, stipulationem facti esse ex Tiraqueillo docet Osuvald. lib. 5. comment. Donell. capit. 6. liter. D. in fin. & ad ea, quæ facti sunt, fictiones jatis non extenduntur, l. denique 19. ff. ex quib. causis major. l. in bello 13. §. facti 2. ff. de capriu. & postlim. revers. Anton. Fab. in jurispr. Papinian. tit. 2. princip. §. illat. 3. verficul. per det. tit. 11. princip. 7. illat. 10. & princip. 8. illat. 28. tit. 16. princip. 3. illat. 2. idem Valentia illustr. dist. tract. cap. 2. & tract. 3. cap. 4. numer. 13.

Sed ista diversimodè explicari possunt: nam ratio Pauli, quæ negat municipes possidere posse, in dist. l. 1. §. fin. ff. de acquir. possess. nempe, *quia uni consentire non possunt*, expediri potest absque ulla contexturæ emendatione, & quin pro *uni* reponatur *universi*: Imò illa emendatio falsam omnino sententiam reddit: Municipes enim universi vè omnes ut universi consentire possunt, ut didicimus ex Imperatoribus Theod. & Valent. in l. humanum 8. C. de legib. & constit. princip. ibi: *Et si universi tam judicibus, quàm vobis placuerit, tunc legata distarij, & sic ea deinde collectis omnibus recenseri, & cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri municipis consistorio recitari, ut universorum consensus nostra serenitatis auctoritate firmetur.* Et hac consideratione dicit Ulpianus in fragm. tit. 24. §. civitatibus 28. civitatibus omnibus legari posse, idque à Divo Nerua primò introductum, postea à Senatu, auctore Adriano diligentius fuisse constitutum l. civibus 2. ff. de rebus dub. l. omnibus 26. ff. ad S. C. Trebellian. sed solum his legari potest, cum quibus testamenti factio est: §. legari 24. institut. de legat. ergo municipes, cives ut universi cernere hæreditatem, & hæredes institui poterunt: at verò cum municipes non ut universi, sed ut uni, id est ut linguli considerantur, tunc consentire non possunt: & sic conciliandus est text. in dist. l. 1. §. fin. & l. unic. ibi: *Movet enim quod consentire non possunt ff. de libert. universi. cum dist. l. 2. ff. de acq. possess. Neque obstat Ulpianus in fragm. dist. tit. 22. §. nec municipia, nam id statuitur considerata illa fictitia persona, quæ per intellectum insurgit ex congregatione cogitata magis intellecta, quàm rei veritate. Quatenus verò municipes considerantur ut omnes, verè consentire, & cernere omnes possunt hæreditatem: sicut municipes quantum ad publicorum locorum communem usum una, & eadem sunt omnes: isti omnes per se singuli non possident, neque per servum acquirere possunt dist. §. fin. neque per se singuli petere bonorum possessionem, dist. l. unic. quemadmodum neque municipes de dolo suo, quem ut omnes commiserunt, ut singuli teneri possunt, d. l. ex dolo 15. §. 1. ff. de dol. sed quatenus municipes considerantur ut universi, vel omnes, & possidere, & per servum, & liberam personam acquirere reipublicæ possunt, dist. l. 1. ff. de acq. possess. uti tradit, & distinguit Hart. Pitt. questio. jur. cap. 37. Mynsinger. lib. 4. observat. 78. Anton. Gabr. lib. 6. tit. quod cuiusque universi. conclus. 2. & ita etiam per syndicum, vel procuratorem bonorum possessionem petere, actionemque de dolo excipere municipes posse, dist. l. unic. dist. l. sed ex dolo, tradit*

Petrus

Petrus Frideric. Minder de acq. possess. cap. 11. num. 3. in fin.

Ex his certa fuit dubitatio, an conditio hæc si jurassent, imposita municipibus, impossibilis eilet, l. municipibus 97. ff. de cond. & demonstr. Ratio dubitandi ex eo nascebatur, quod ut uni etiam si jurassent, nihil faciebatur: & difficillimum erat, hanc conditionem adimpleri per municipes ut universos: Paulus verò Jurisconsultus respondit non esse impossibilem illam conditionem; & ut difficultati congregandi omnes municipes occurreret, hanc juris jurandi conditionem impleri posse statuit per eos, à quibus municipij res geruntur. Sed illud obiter notandum est, in dist. l. municipibus, non caveri conditionem juris jurandi promissam esse: nam id aperte pugnat cum juris regulis, l. hic scriptura 26. ff. de cond. & demonstr. l. quæ sub conditione §. ff. de cond. in rit. sed cum dubitari posset, an tanquam impossibile pro non scripta haberetur hæc conditio; docet Consultus eam non esse impossibilem, cum per actorem municipium impleri posset, non tamen affirmat implendam esse, nisi eo modo, quo juratum est: itaque de conditione sua questionem proposuit, an impossibilis sit conditio illa, satisfecit, & cætera quoad jurandum, ut antea erant, intacta reliquit secundum de conditione text. in dist. l. quæ sub conditione in princ. & §. quoties 6. ff. de cond. instit. Quod explicandi genus delumptum à DD. Melchior de Valentia dist. cap. 15. num. 4. & 5. melius mihi videtur, quàm illud, quod traditur à Donello lib. 8. comment. jur. civil. cap. 32. Duaren. in dist. tit. cap. 4. Anton. Gentil. l. leit. 1. & alii, quos affert Osuvald. ad Donel. dist. loc. liter. M. & lib. 24. cap. 2. o. liter. C. Anton. Fab. lib. 17. §. 5. Cæterum an universitas, vel civitas propriè delinquere possit, & quomodo punienda sit; vide apud eundem Valentiam disto capite 15. numero 6. usque ad fin. cap. Ex quibus manifestè appareret, quod res, de quibus possidendis disputatio oritur, debeant esse talis naturæ, ut possessionem non effugiant, quia in commercio esse non possunt.

Deinde secunda quæstio est, quæ sint personæ, quæ possunt possidere; quando suo corpore, animoque possidere intendunt per se: vel illæ per quos, seu mediâ illorum personâ possideant? Et primo illi, qui possident, debent esse tales, ut habeant possidendi intellectum, & tenendi affectionem; l. 1. §. furiosus 3. §. cæterum 9. ff. de acquirend. possession. ibi: *Furiosus, & pupillus sine tutoris auctoritate non possunt incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent: & in dist. §. 9. cæterum, & ille; per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi.* Hinc furiosus, & pupillus infans sine tutoris, vel curatoris auctoritate nullatenus possunt incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maximè corpore suo rem contingant: veluti si quis dormienti aliquid in manu ponat, dist. §. furiosus. Sed discutiamus prius de furioso: furiosus nullam voluntatem, nullum judicium, nullum que animum habet, l. qui servum 47. ff. de acquir. hered. l. si cum dorem 22. §. si maritus 7. ff. de solut. matrim. l. furiosus 40. ff. de regul. jur. idèque abientis ignorantis, & dormientis loco habetur, l. si ei 2. §. furiosus 2. ff. de jur. codicil. l. Julianus 41. ff. de repub. l. sed si unus 17. §. filiosfamilias 11. ff. de injur. l. si à furioso 24. ff. de obligation. & action. Borcholt. de errorum obligation. cap. 3. num. 49. Donel. lib. 7. comment. jur. civil. cap. 9. Osuvald. ibid. liter. A, Anton. Pichard. in §. sui 3. instit. de hæredibus ab intest. d. b.

Petrus Fab. in l. in negotiis §. ff. de regul. jur. Hotoman. lib. 4. observat. cap. 3. cum itaque possessio non solum facti, sed, & animi sit, l. 1. §. Scævola 15. ff. si is, qui testam. lib. esse juss. sit, & ad illius acquisitionem retentionem, vel amissionem animus, & affectus intervenire debeant, sine quibus corporis factum nullius momenti est, l. possidere 3. in princ. & in §. in amittenda 6. l. quemadmodum 8. ff. de acquir. possess. l. licet 4. C. eodem tit. rectè Jurisconsultus Paulus in dist. §. furiosus, docet, furiosum possessionem acquirere non posse, quia affectum possidendi non habet, licet maximè corpore suo rem contingat: undè, & eum possidere negavit Celsus in l. quod meo 18. §. si furioso 1. eodem tit. uti tradit D. D. Melchior de Valentia illustr. tract. 2. ca. 6. num. 3.

Hac eadem ratione, quia possessionem furiosus acquirere non potest, neque amittere poterit, dum in furore est, quia non potest animo desinere possidere, l. si is qui 27. ff. de acquir. possess. idèque nec latitare intelligitur, neque ex hac causa bona ejus venire solent, l. Fulcinius 7. §. ad eod. autem 9. ff. quibus ex causis possid. eat. Itaque nullum actum gerere potest, si in eo actu animus deideretur: plurique negotia, in quibus quia animus requiritur, à furioso expectari nequeunt, congruit doctè (ut alia solent) D. D. Melchior de Valentia n. 4. & duob. seqq. Sed his obstare videtur, quod requiritur animus ad retinendam possessionem, dist. l. possideri 3. §. saltem 11. l. clam. 6. §. 1. l. peregrine 44. ff. de acquir. possess. sed furiosus possessionem retinet, & continuat perfectè usucapionem, ut scriptum stat, in l. sequitur 4. §. furiosus 3. l. nunquam 3. l. si vi, aut clam 4. l. iusto errore 44. ff. de usucap. ergo simili modo furiosus poterit acquirere possessionem. Sed huic difficultati respondet Valentia dist. loc. num. 7. & 8. dicendo, illud quod furiosus continet usucapionem, & retinet possessionem, non dimanare ex eo, quod furiosus habeat animum ad retinendam possessionem; vel ad inchoandam; sed ex eo, quod non habeat animum ad amittendam, dist. l. si is qui 27. de acquir. possess. atque ita usucapionem continet, non propter impossibilitatem ad possessionem retinendam, sed propter necessesse sit, ut possessor animo possidere desinat; furiosus autem non possit animo desinere possidere, dist. l. si is qui; quia nec sentire potest, idèque nec consentire, nec dissentire, l. si tibi 8. §. unus 2. ff. de oprion. legat. l. soluto 2. §. fin. ff. de solut. matrim. in bello 12. §. medio tempore 3. ff. de capriu. & postlim. reversi Anton. Fab. in jurisprudent. Papinian. tit. 9. princ. §. illat. 14. & tit. 12. princ. 1. illat. 20. non enim minus requiritur consensus ad dissentiendum, quàm ad consentiendum, l. divorcium 2. ff. de divorc. & repud. Et pro hac sententia expendi potest, quod licet furor contrahit matrimonium non patiat, quia consensu opus est, ut inquit Paulus in l. oratione 12. §. fin. ff. de ritu nuptiar. furiosus autem (ut dicebamus) non possit consentire, quia nec sentire videtur; tamen ante furorem benè contractum matrimonium, superveniente postea furore non dissoluatur, ut ibidem Paulus ait; & etiam scriptum stat in l. paire furioso 8. ff. de his, qui sunt sui vel alien. jur. eadem nimirum ratione, quod matrimonium non nisi dissensu, aut aliquo alio ex legitimis modis dissoluatur, dist. l. 2. §. ultim. dist. l. in bello §. medio tempore, ut tradit Anton. Fab. dist. in lacis. Similiter contingit in nostro casu; retinendæ possessionis voluntatem retinere videtur furiosus, quia semel consentium habuit ad eam rectè inchoandam

inchoardam, & amissioni possessionis post interven-
tum furoris non potest consentire, neque invi-
tam possessionem amittere: quod quidem jura non
permittunt nisi in ea possessione, quæ ab alio occu-
pator, ut patet tradit idem Valentinus *dist. loc. n. 8.*
in fin.

7 Sed adhuc replicabis ex Papiniano in *l. iusto errore*
44. §. *enim qui* ff. de usufructu. ubi docet in eo, qui
postquam in usufructu cepit, in furorē incidit, utilita-
tis causa receptum esse, ut daret possessio, & usua-
capere cepit, in furorē incidit, utilitatis causa re-
ceptum esse, ut daret possessio, & usufructus sine in-
terruptione proficiatur: qua in lege ratio utilitatis
traditur his verbis: *Ne langnor animi etiam damnorum*
in bonis offerat. Ex cujus textus decisione sic confi-
cio argumentum, utilitatis causa receptum est, ut
non amittat possessionem ille, qui postquam eam
apprehendit, in furorē incidit. ergo possessio furiosi
non retinetur ex eo, quod dissentire suæ bene acqui-
sitæ possessioni non potest; sed ex eo quod speciali-
ter propter utilitatem furiosorum receptum est, ne amit-
tatur. Sed huic difficultati sic respondendum est, utili-
tatis ratione non in eo esse, quod furiosus non amit-
tat possessionem: hoc enim (ut diximus) provenit ab eo,
quod non potest de sua possessione displicere, & sine
animo displicentiae amissioni possessionis continge-
re nequeat: sed illa ratio solum ait, summè utile fuisse
à Consultis hoc ita expressè statui: nam cum fu-
riosus quasi perpetuè dormiens sit, & pro mortuo
habeatur; dubitari poterat, an quasi in verè mor-
tuo interruptam ipso jure usufructum judicemus;
& ab id receptum fuit specialiter, ut illa hæredi con-
tinueretur *dist. l. iusto errore 44. §. nondum 3. nunquam*
31. §. vacuam 3. ff. de usufructu. sic etiam in furorē
incidenti contingat; Et respondet Consultus propter
utilitatem manifeste declaratum fuisse, ut nulla
causa posset in furioso usufructum interrompere:
vide hac de re D. D. Melchior de Valentinus *dist.*
loc. num. 9. Ex supradictis facillè inferitur, quod cum
furiosus nullum habeat animi iudiciū, nec quidem
curatoris auctoritate possessionem acquirere possit:
quod nihil sit; neque speratur, quod curatoris au-
thoritas suppleat, sicut supplet in infante, *l. quavis*
32. §. infans ultim. ff. de acquir. possess. Et idem in *dist.*
l. 1. §. furiosus eodem titulo pupillus infans à furioso se-
paratur, quia ille potest interveniente auctoritate
tutoris possidere: & quoties agitur de auctoritate
tutoris præstanda pupillus à furioso se jungitur *l.*
Marcellus 25. ff. de fideiussor. quia ille tutore auctore
omnia gerere potest; furiosus vero nihil potest ex-
pedire etiam cum tutore, *l. in negotiis 5. ff. de regul. ju-
ris*, & eà ratione furiosum neque cum tutoris au-
thoritate possidere potest docuerunt, Bart. & Alexan-
der, quos refert Jason. in *dist. §. furiosus n. 26.* Cujac,
ibid. & in d. l. in negotiis, Petrus Fab. Donell. & Hoto-
man. quos refert D. D. Melchior de Valentinus *d. loc. n.*
10. & hæc de furioso.

8 De infante etiam loquitur Paulus in *dist. l. 1. §. fu-
riosus*, ubi licet nomine pupilli utatur, illud de infan-
te sumit debet: verbum enim pupillus comprehendit
infantem: nam pupillus ille dicitur, qui cum sui juris
sit, minor est quatuordecim annis, si masculus fue-
rit: si verò femina major duodecim annis. *princip.*
instit. quibus modis tutel. finiat. §. pupillus 9. cum
sequet. instit. de inutilib. stipulat. Quibus in locis
bene norant Interpretes, pupillorum alios esse in-
fantes alios majores infantie, aut qui dari possunt,
quæ distinctio reperitur expressè apud ipsos juris
auctores, sicut in *l. 1. §. sufficit 2. ff. de administr. tutor.*
l. servus 7. §. impubes 1. ff. de bonor. possess. l. pupillus 9. ff.

de acquir. hered. Infantes sunt, qui septimum annum
non ingrediuntur, *dist. §. sufficit, l. in sponsalibus 14.*
ff. de sponsal. l. si infanti 18. C. de jor. dot. vide Joan.
Borcholt. de *verborum obligation. cap. 1. num. 11.* Me-
noch. de *arbitr. jud. quest. lib. 2. casu 57. num. 9. & 12.*
cum seqq. Cujac. in *dist. §. pupillus, & de præscrip.*
cap. 15. Anton. August. lib. 3. *emendat. cap. 9.* Donell.
lib. 7. comment. jur. civil. cap. 9. & ibi Osulvad. *liter. D.*
Duaren. in l. 1. in princ. ff. de verborum obligation. Bul-
teci. *jurisp. lib. 1. tit. 4. num. 14.* Eguinar. Baro. Minlyn-
ger. & alios in *dist. §. pupillus*, Anton. Fab. in *loc. à Va-*
lentinus adductis dist. loc. num. 14. Infans igitur, vel in-
fantie proximus (infantie proximus dicitur ille, qui
egressus est infantiam, ut ex dictis Auhoribus su-
mitur & præcipuè ex Borcholt. *dist. loc.*) quamvis nec
nolle intelligatur, *l. si quis 3. §. perinde 2. ff. ad S. C.*
Macedon. l. qui jurasse 26. ff. de jur. l. fin. ff. de jur. &
suit. ignor. l. pupillus 189. ff. de regul. jur. & furioso
comparatur *dist. l. pupillus 9. ff. de acquir. hered. l. in-*
fans 12. ff. ad l. Cornel. de sicar. tamen cum tutoris
auctoritate possessionem acquirere potest, *dist. §.*
furiosus, quasi defectum iudicij infantis suppleat
auctoritas tutoris, *l. quavis 2. §. si infans 2. ff. eod-*
dem titulo, ubi Paulus docet illud utilitatis causâ
receptum fuisse ibi: *Utilitatis enim causâ hoc rece-*
ptum est: nam alioquin nullus sensus sit infans acci-
piendi possessionem: nam ut ex Divo, Augustino Cu-
jacium referre in l. 1. C. de acquir. possess. ait Valentinus
dist. loc. num. 15. *infans licet dominus sit omnium, quæ*
jure ejus sunt, nihil possidet mente sopita, quia pos-
sessio neque acquiritur, neque retinetur sine ani-
mo, *l. possideri 3. §. & adipiscimur 1. ff. de acquir.*
possess. l. 1. §. in amittenda 5. eodem titulo. Unde etiam
receptum est favorabiliter, ut pro hærede gerendo
acquirat hæreditatem, *l. servo invito 65. §. si pupil-*
lo 3. ff. ad S. C. Trebellian. quamvis adeundæ hære-
ditatis causam non intelligat *dist. l. pupillus 9.* & pro
hærede gerere, sicut possidere, factam, & animum
requirat, *l. pro hærede 20. l. duo fratres 78. l. gerit.*
88. ff. de acquir. hered. Valentinus *dist. l. 1. cap. 6. nu-*
mer. 15. Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 12. princ. 4.*
illat. 13. Donell. *lib. 7. comment. jur. civil. cap. 8.* Osulvad. *ibi*
liter. L. & M. Andreas Gail *lib. 2. observat. observat.*
128. num. 9. & observat. 129. num. 5. D. D. Martin. de
Larreategui *lib. 2. selectar. jur. civil. disp. cap. 7. num. 4.*
in fin.

Sed supradictis obstare videtur text. in *l. donata-*
rum 3. C. de acquir. possess. ibi enim asseritur, possessio-
nem rerum donatarum infanti corpore acquiri: ra-
tionem etiam reddit, quia alioquin nec per tutorem
infanti possessio potuisset acquiri: quæ ratio in fine
textus imposta judicare videtur in priori casu pos-
sessionem infanti acquisitam fuisse sine tutoris in-
terventu. Sed omissis Bartoli, & aliorum interpreta-
tionibus, in *l. quavis 42. §. infans 2. de acquir.*
possess. & etiam Duaren. ad *dist. l. donatarum 3.*
respondendum est cum Valentinus *dist. loc. num. 16.*
Imperatorem ibi loquutum fuisse de possessione in-
fanti acquisita cum tutoris auctoritate, & idem re-
scripsisse possessionem tutore auctore infantem posse
se nancisci: nam alioquin si ipse non posset tutore
auctore acquirere possessionem, neque posset ipse
tutor infantis nomine apprehensam illi quærere: &
sic illam textum interpretatur Cujac. *lib. 34. Paul.*
ad edit. ad tit. de acquir. possess. in l. 1. eodem tit. Do-
nell. *lib. 15. comment. jur. civil. cap. 1.* quos refert, & se-
quitur dictus D. D. Melchior de Valentinus *ibi supra.*

In *dist. l. 1. §. furiosus 3. de acquir. hered.* refertur
Paulus Osilij, & Nervæ filij sententiam dicentium,
pupillum posse absque tutoris auctoritate possessionem

nem nancisci: idem Paulus repetit etiam eandem
opinione in *dist. l. quavis 32. §. infans 1. versic.*
pupillus, quæ intelligenda est, sicut dicitur in *fine*
dist. §. furiosus, nempe si pupillus ejus ætatis sit, ut
intellectum capiat, ibi: *quæ sententia recipi potest, si*
cuius ætatis sint, ut intellectus capiant, quibus ver-
bis redditur ratio, quia pupillus, qui puber-
tati proximus est, quamvis non habeat rectum ju-
diciū *dist. l. si quis 3. §. prinde 2. ff. ad S. C. Mace-*
don. l. 1. C. de fals. monet. intelligere tamen, & sen-
tire rectè potest, *l. excipiuntur 24. ff. ad S. C. Syllan.*
ideoque Jurisconsultus in *dist. §. furiosus* cum de
pupillo generaliter tractasset, ut illum ab infante
secerneret, & posse acquirere possessionem, si in-
telligat quid agat; neque tutoris auctoritate ei
opus esse, quia res facti infirmati jure civili non po-
test: quam rationem Consultus adhibuit, ut discrim-
men inter possessorem, & hæreditatem indicaret,
& tacitè objectioni responderet: nam pupillus hæ-
reditatem quamvis lucrosam sine tutoris auctori-
tate non potest adire, *l. obligari 9. §. hæreditatem 3.*
ff. de auct. tutor. princ. instit. eod. tit. l. more 8. ff. de
acquir. hered. l. cum in una 17. §. fin. ff. de appellat.
Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 12. princ. 3. in princ.*
& tit. 21. princ. 1. illat. 10. & 11. Osulvad. *lib. 3.*
comm. Donel. cap. 13. liter. B. Itaque hæreditas ac-
quiri per pupillum non valet, quia juris est, non
facti, *l. hæreditas 50. ff. de hered. petit. & incommo-*
da sicut com. moda continet. l. hæreditatem 32. ff.
mandati l. in bello 12. §. 1. ff. de captiv. & postlim.
revers. l. qui in aliena 6. dist. l. more 8. ff. de acquir.
hered. l. non enim 18. ff. ad S. C. Trebell. l. cum ex
causa 139. ff. de verb. obligat. l. apud Julianum 3. §.
ult. ff. quib. ex caus. in possess. ear. possessionem verò
acquirere potest, quia facti est, & pupillo damnola
esse non potest §. et inenda 5. versic. commodum in-
stit. de interd. Meliorem autem suam conditionem
pupillus facere potest, etiam sine tutoris auctori-
tate princ. instit. de auct. tutor. non enim sufficeret
possessionem rem facti esse, si ejus acquisitio dan-
num pupillo afferre posset: nam in pactis factum
versatur, *l. si unus 27. §. pactus 2. ff. de pact. & tamen*
pactum pupillo damnosum non valet, l. contra 28.
eod. Valent. dist. loc. num. 17. & 18.

11 Hujus rei occasione explicare obiter, & brevi-
ter volo *dist. princ. instit. de auct. tutor.* quod multos
passim fallere mihi videtur: ait ibi Justinianus,
namque placuit meliorem quidem conditionem licere
eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, quorum ver-
borum universalitas si sine distinctione sumatur,
facillè impugnari potest, & impugnatur certè
sic evidenter: qui accipit pignus, meliorem
sui debiti conditionem facit, quia personali
actioni adiungit etiam realem actionem hypo-
thecariam, quia pignoris persequutio in rem parit
actionem, *l. pignoris 17. ff. de pignor. & instar vin-*
dicacionis datur adversus possidentem l. non aliàs
24. §. sed si postulatur 2. ff. de judic. l. si cum venditor
66. ff. de evictio. l. cum notissimi 7. C. de pres. trig.
l. quadrage. annor. Itaque qui habet utramque
actionem, personalem & realem, meliorem con-
ditionem habet: imò & si per acquisi-
tionem realis actionis extingueretur actio per-
sonalis, adhuc stabat melior conditio ejus, qui
actionem personalem pro reali cominutabat, quia
plus cautionis est in rem, quam in personam,
l. plus 25. Digestis de regulis juris §. undè constat 14.
instit. de obligat. quæ ex delict. nascunt. ut rectè
Hieron. de Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

tradit doctissimus D. D. Martin. de Larreategui
(cujus obitus cum hæc scriberem, mihi sum-
mopere dolenti nunciatus fuit) libro tertio sele-
ctar. juris civilis disputat. capite 7. numero 4. &
12. sed his non obstantibus pupillo datum pignus
absque tutoris auctoritate non valet, *l. pupillo*
38. Digestis de pignor. actio. ergo pupillus non
poterit absque tutoris auctoritate suam conditio-
nem facere meliorem. Hæc consequentia rectissi-
mè deducitur, si antecedens illud universaliter
sumptum, in *dist. princ. instit. de auct. tu-*
tor. sine distinctione concedatur; itaque illud
sic distinguendum est: pupillus potest sine tuto-
ris auctoritate meliorem suam conditionem face-
re, si illa melioratio conjuncta sit cum aliqua
deterioratione, nego antecedens: & idem quia
datur actio pignoratitia contra pupillum, quò
compellatur reddere (post solum ei integrum
debitum) rem pignoratam debitori; non potest
pupillus capere pignus sine tutoris auctoritate,
quia illi utilitati, quam ex pignoris acceptio-
ne sentit, conjuncta est hæc deterioratio, quia
obligatur pupillus rem pignoratam reddere de-
bitori; hoc ipsum est, quod tradit Modestinus
in *dist. leg. pupillo*, his verbis: *Pupillo capientè*
pignus propter metum pignoratitia actionis necessa-
ria est tutoris auctoritas: & sic intelligendus etiam
est text. in leg. verum 9. & sequentibus Dige-
stis de institut. actio. si verò absoluta est ab-
que aliquo detrimento melioratio, tunc rectè
absque tutoris auctoritate illam pupillus capit;
veluti si sibi dari aliquid stipulatus fuerit. Neque
quicquam facit dicere; quod in dicta specie nul-
lum periculum pupillo sit, dum capit pignus; quia
non obligatur pupillus, nam id etiam distinguen-
dum est; scilicet non posse pupillum obligari sine
tutoris auctoritate in contractibus, in quibus ne-
cessarius est consensus: in his verò, qui solâ rei
traditione perficiuntur, qualis est pignus, §. *crea-*
ditor quoque 4. institut. quibus modis recontra. obli-
gation. neque intrinsecus: neque extrinsecus re-
quiritur consensus ad formandam eorum naturam:
qua de re plenius scripsimus supra *lib. 2. cap. 6. nu-*
mer. 32. & seqq. ipsa rei acceptio pupillum obli-
gatur ad ejus restitutionem, quia præter datio-
nem, & acceptioem in dictis contractibus nihil
amplius requiritur: idem licet in aliis pupillus non
obligetur; neque ex parte ejus teneat contractus,
l. Julianus 13. §. si quis à pupillo ff. de actio. empt.
in his tamen contractibus, qui re perficiuntur,
ut in pignore, diversum observatur: ac per con-
sequens pupillus ad restituendam rem ipsam obli-
gatur.

Quæ in superioribus diximus, ad explicationem, *12*
l. 1. §. adipiscimur, scripta sunt, ut sciamus in
his personis, quæ sibi per se ipsos acquirunt,
aliquas observationes notandas esse: & ita agit
Paulus de his, qui per se ipsos sibi acquirunt us-
que ad §. *item acquirimus 5. (de §. si vir; vide*
quæ diximus supra hoc libro capite 7. numero 5.)
item acquirimus (ait Paulus) possessionem per ser-
vos, aut filium, qui in potestate est; & quidem
earum rerum, quæ peculiariter tenent etiam ig-
norantes, sicuti Sabino; & Celso; & Juliano
placuit; quia nostra voluntate intelligantur pos-
sidere, quia eis peculium habere permiserimus.
Id verò, quod in dicto §. dicitur; puta ex
causa peculij etiam infans, & furiosus acquirant
possessionem, & usufructum; intelligendum est de
acquisitæ

acquirere jam possessione, ut accepimus ex Pomponio in l. id quod 25. §. 1. ff. cod. tit. ibi: Et per colonos, aut inquilinos, aut servos nostros possidemus, etc. variantur, aut facere incipiant, aut alij locent; intelligitur nos retinere possessionem: neque inter colonum, & servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quidquam interest, ubi verbum retinemus, id, quod diximus, denotat: & ita etiam credit Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 11. num. 7.

13 Ex quibus manifestè apparet, quod non modò per nos metipfos possessionem retineamus, aut possidere incipiamus dict. l. 1. §. 2. sed etiam per alios, veluti servos, vel filios familiàs, & per liberas personas, quæ nostro nomine possident, dict. l. 1. à dicto §. item acquirimus 5. usque ad §. ceterum 9. & à §. nam per ancillam 11. usque ad §. si jufferim 22. l. quidquid 4. l. generaliter 9. l. quod servus 24. & l. seq. §. 1. ff. de acquir. possess. l. 1. C. cod. tit. quod aded verum est, ut servus etiam alienus sive à me, sive nomine meo possideatur possit mihi acquirere possessionem si nomine meo eam adipiscatur, ut ex Vitellio Ulpianus scribit in l. si me in vacuum 34. §. fin. ff. de acquir. possess. Ratio quoad servum hæc est, quòd servus ex se ipso nullam personam nullamque caput habeat, & nullus sit, l. liberos 1. §. fin. ff. de cap. minut. l. quod artinet 12. ff. de regul. jur. neque ille capaciatum habeat acquirendi nisi à domino eam mutante, l. debitor 82. §. fin. ff. de legat. 1. l. non minus 31. ff. de hered. instit. & ided nihil sibi acquirere, habere, aut possidere potest, l. rectè Labeo 13. ff. ex quib. cau. major. l. patr. familiàs 182. ff. de verb. signif. itaque ratione potestatis, & dominiij omnia demino acquirat, l. placet 79. ff. de acquir. hered. l. etiam in viis 32. ff. de acquir. rer. domin. l. servus vetante 62. ff. de verb. obligat. & consequenter etiam possessionem l. acquiratur 10. §. non solum 2. de acquir. rer. domin. l. servus 24. ff. de acquir. poss. In filio verò ratio hæc servanda est: quamvis filius non sit in capax acquirendi, cum personam integram jure civili habeat, l. nam civium 4. ff. de his qui vi. vel alien. tur. sunt, neque in dominio patris sed in potestate ejus sit, l. potestatis 105. ff. de verb. signif. ideoque ad dignitates quasi civis admittatur, l. si filius familiàs 3. C. de ne fil. propatr. l. filius 5. C. de decurionib. lib. 10. & quasi talis ex omnibus causis obligetur, l. tam ex contractibus 47. ff. de judic. l. si filius familiàs 39. ff. de obligat. & action. circa quæ videnda sunt quæ latè scripturus supra lib. 1. c. 3. & 4. tamen ratione patriæ potestatis, & identitatis personæ, quæ jure civili præsumitur inter patrem, & filium, l. in suis 11. ff. de libert. & posthum. l. nec cum filio familiàs 16. ff. de furt. parentibus omnia acquirat, dum parentes volunt. ut per filios ipsos acquiratur, ut copiosius demonstravimus d. c. 4. similique modo & in eo casu etiam possessionem acquirat d. l. acquiratur §. non solum d. l. quidquid 4. ff. de acquir. possess. Donel. lib. 9. comm. jur. civil. cap. 6. Petrus Frideric. Mindan. de acquir. possess. cap. 11. num. 8. & seq.

14 Ista tamen sic procedunt, ut servus, vel filius meus ignoranti quoque mihi acquirat possessionem dict. l. 1. §. item acquirimus, & dict. l. si me in vacuum §. fin. ff. de acquir. poss. quod tamen non generaliter intelligendum est, sed quatenus ex causa peculij possessio acquiratur: rationemque ejus quare sic ex causa peculij acquiratur, Papinianus reddidit in l. peregrè 44. §. questum 1. eod. tit. his verbis: questum est, cur ex peculij causa per servum ignorantibus: possessio quaeretur: dixi utilitatis causa jure singulari receptum, necogerentur domini per sin-

gula momenta species, & causis peculiorum inquirenda: neque tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur acquiri possessio: nam si non ex causa peculij queratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem, cujus utilitatis mentionem etiam faciunt Imperatores in l. 1. C. eod. tit. ibi: Per liberam personam (inquiritur ignorantibus quoque acquiri possessionem: & postquam scientia intervenit, usucapionis conditionem includari posse tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est; dict. l. si me in vacuum 14. in fin. de acquir. possess. de cujus interpretatione agam capite sequenti numero 2. Et hac eadem ratione tutores, curatores, administratores etiam ignorantibus, & nihil mandantibus acquirere constat ex dict. l. 1. §. per procuratorem 20. ff. de acquir. possess. qui neque §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutel. vel cura sunt tutor. 27. ff. de administ. tutor. Quæ verò ratione cum in possessione acquirenda per procuratorem idem jure singulari receptum sit, ac in possessione acquirenda per servum, & filium familiàs diversum sit in ufucapione, ita ut non procedat ufucapio per possessionem à procuratore acquiritam, usque dum sciat dominus illam acquiritam esse, & in possessione acquisita per servum, vel filium familiàs etiam sine scientia domini, vel patris procedat ufucapio, l. si emptam 47. l. Labeo §. l. si quis pro emptore 15. versic. quod si servus 27. l. nuncquam 31. §. si servus 31. iusto errore 44. §. nandum 3. & §. ult. ff. de usua. ap. & alij textus quos adducit D. D. Melchior de Valentia dict. tract. 2. capite 8. num. 8.

Rejcta verò ratione Cujacij, quam circa superiorum rem dubitationem affert lib. 24. observat. c. 8. dicendum est, postquam admissum fuit in servis, & filiis familiàs, ut jure singulari ignorantibus dominis, vel patribus possessio, quæ animum acquirentis requirit, acquiratur, statim jus commune sine jure singulari effecisse, ut per eos ufucapio etiam ignorantibus acquiratur, seu procederet; quia ea, quæ juris sunt per eos, quos in potestate habemus ignorantibus, & inviti acquirimus d. l. etiam in viis 34. ff. de acquir. rer. domin. l. servus vetante 62. ff. de verb. oblig. ufucapio autem juris civilis est princ. instit. de usua. cap. l. 1. ff. eod. tit. Procurator verò licet jure singulari etiam ignorantibus possessionem acquirere possit, & per possessionem etiam dominium si cum ea conjunctum fuerit §. ex his 4. instit. per quas personæ acquirat. quia ministerium in his tantum præstare videtur, l. & licet 15. ff. de constit. pecun. l. quod meo 18. in fine ff. de acquir. poss. Cujac. lib. 19. Paul. ad edictum d. l. & licet & lib. 8. observat. c. 2. Donel. lib. 8. comm. jur. civil. Bronch. cent. 3. assert. 91. ea tamen, quæ civiliter acquiruntur veluti dominium, & ufucapio nobis per procuratorem non possunt acquiri, l. ea quæ 53. ff. de acquir. rer. domin. atque ita fit, ut possessionem nobis ignorantibus procurator jure singulari acquirat d. l. 1. C. de acquir. possess. ufucapionem verò, quæ juris est, & quam servus, & filius jure communi dominis, & parentibus acquirunt, domino acquirere non possit, nisi ejus scientia præcesserit, quia tunc ipse dominus acquirere videtur: quam rationem insinuat Papinianus in l. possessio 49. §. ult. de acquir. poss. cum ufucapionis acquisitione per procuratorem ignorantibus domino denegatã adjecti actionem, quæ magis juris civilis est, ne quidem scientiam competere: quam rationem differentie elegantem accepimus à D. D. Melchiore de Valentia dict. cap. 7. num. 21. usque ad fin. cap. Hæc tamen, quæ diximus ex causa peculij acquiratur, vel filium familiàs

familias acquirere possessionem pat, vel dominum, intelligenda sunt, si servus justè acquiri possit possessionem: nam si injustè, il la possessio neque patri, neque domino pertinebit, l. quod servus 24. ff. de acquir. poss. de cujus interpretatione egimus supra hoc lib. cap. 6. num. 3. Cæterum de acquisitione possessionis per hominem liberum, per servum alienum, per servum, in quo usumfructum habemus, per servum communcem, per servum fugitivum, per servum hæreditarium, vide D. D. Melchior de Valentia illustr. dict. tract. 2. cap. 9. per tot. cap. 10. per tot. cap. 12. per tot. & in seqq. capitib.

CAPUT XII.

Quibus modis, atque mediis acquiratur possessio?

SUMMARIUM.

- 1 Possessio non acquiritur, nisi animus simul, & corpus concurrant, & num. 3. Explicatur l. 1. §. 3. & 6. l. 8. l. 34. ff. de acquir. possess. Possideri non posse incertam rem, vel ejus incertam partem docetur. Explicatur d. l. 1. §. 2. l. 26. l. 50. in princ. & §. 1. de acquir. possess.
- 2 Agitur de explicatione l. 34. eod. tit. Explicatur distinctio circa errorem, qui in animo possidentis: & eum, qui in corpore rei possesse residet. Quæ de procuratore dicuntur in d. l. 34. in fin. remissive explicatur.
- 3 Obicitur d. l. 3. §. 1. contra explicationem traditionis, d. l. 1. §. 3. de acquir. possess. Plures fundi comprehens sub appellatione ejus, qui ingreditur, ejus fundi possessione possidentur. Adducuntur l. 1. §. 16. l. 48. de acquir. possess. l. 20. §. 7. de inst. vel intr. legat. l. 91. §. 3. ff. de legat. 3. Civitate, vel Ecclesia tradita, castri, quod sub se habet, possessio acquiritur. Quod accessorium est, nunquam à re principali separatur. An unus jurisdictionis actus possessionem reliquorum inducat?
- 4 Superiora intelligi debere, quando animus tradentis non deficit, ostenditur. An & quatenus una re hæreditatis apprehensa cetera possidentis videantur? An circa hanc questionem idem statuum sit in hæreditibus suis, ac in extraneis? Explicatur textus in l. 30. §. 5. & 6. ff. de acquir. possess.
- 5 An thesaurus positus in agro possideatur ab eo, qui agrum possidet? An qui nescit thesaurum esse in agro per longum tempus eum usucipiat? Explicatur circa thesaurum, d. l. 1. §. 3. l. 44. ff. de acquir. possess.
- 6 Absque traditione possessionem acquiri non posse docetur. Per vacua possessionis ingressum, apprehensionem, & recuperationem acquiratur possessio. Adducuntur l. 23. de acquir. possess. l. 2. Cod. eod. tit. Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

- Aditio hæreditatis non transfert possessionem rerum hæreditariarum. Cetera alia hæreditatis jura per aditionem acquiruntur.
- 7 Per quemcumque actum, qui supplet naturalem apprehensionem possessio acquiratur. Adducuntur l. 1. §. 2. l. 18. §. 2. de acquir. possess. & num. seq. Quare in l. 79. de solut. matrim. ponantur verba manu longè? Quid significet manu brevi quid fieri, in l. 3. §. fin. de donat. inter vir l. 43. §. 1. de jur. dot. l. 15. de reb. credit. An in dict. l. 79. sit vera traditio & certa apprehensio? Quare in dict. l. 1. §. 21. de acquir. possess. ponantur illa verba: Si in re præsentem consentierint. An in dict. l. 18. §. 2. de acquirend. possessione, quicquam faciant verba, in mea tueri demonstret. An modi superiores sint sufficientes, quando jurex, vel executor transfert possessionem? Quare hoc in re, ut alias, factum judicis non suppleat factum possessoris? Due fisiones de una, eademque re concurrere non possunt.
- 8 Quomocumque possessio nanciscatur, rei presentia necessaria est. Adducitur, & explicatur l. 74. de contrah. empt. & num. seq. Exempla plurima superiorum ex variis legibus afferuntur. An interventio ritus necessaria sit, docetur & num. seq.
- 9 Quid addendum sit ad l. 3. §. 1. de acquirend. possessio l. 9. §. 6. de acquirend. rer. domin. §. 45. instit. de terram divis. ostenditur. An per traditionem instrumentorum, in quibus rerum mentio sit, transferatur possessio? In feudi investitura an traditione gladij, vexilli, &c. statim transferatur possessio?
- 10 An nuda voluntas domini sufficiat ad transferendam possessionem, ex §. 44. instit. de rer. divis. traditur. An illa translatio nuda voluntate intelligatur fieri absque rei traditione? Quare in l. 3. §. 3. de acquir. possess. dicatur nuda voluntatem sufficere ad translationem possessionis? Explicatur etiam ex dictis l. 10. §. 2. de acquir. possess. An ingressus in fundum domino permittente, vel non contradicente pro possessione habeatur? Adducitur l. 7. C. de acquir. possess. & l. 33. ff. eod. tit.
- 11 Refertur elegans acquirenda possessionis modus ex l. 48. de acquir. possess. An possessio bonorum ejus, qui ingreditur in monasterium absque ulla apprehensione ipsa jure monasterio acquiratur? Qui ingreditur in monasterium se, & sua bona dicare Deo docetur. An declaratio in literis facta de traditione rei, transferat possessionem? In dubio semper statuitur instrumentum, quo cautum est de traditione possessionis.

- 12 An custodia appofitio pro ra iore habeatur, l. 3. §. 1. de acquir. poffeff.
- An confignatione rei poffeffio eius acquiratur, l. 1. §. 1. de peric. & comm. rei vend.
- 13 Alius in dms transferenda poffeffionis ex l. pen. §. 2. de acquir. poffeff.
- An acquifita poffeffione fedi acquiratur etiam poffeffio rerum sub terra defofforum? Explicatur l. 3. §. 3. l. 44. de acquirend. poffeff.
- An facta alienatione rei fervando ufumfru-ctum, vel aliud jus, transferatur poffeffio, l. 28. C. de donat.
- 14 An statuto, & lege fieri poffit, ut poffeffio abfque traditione transferatur? Affertur confuetudines, quibus rerum hereditarium poffeffio transferatur ad heredem proximum? Exceptiones fuperioris quaffionis proferuntur.
- 15 An fundi, vel emphyteufis transfiffibilis transferatur poffeffio ipfo iure, fi reftator eius poffeffionem legat erit? An poffeffio transferatur ex eo pacto, quod debitor non foluente, res cadat in folutum. Quid requiratur in ftatuto, vel lege, ut poffeffio ipfo iure transferatur, docetur. Dominium rei legata ipfo iure transferri in heredem, poffeffionem vero neutquam, traditur. An in legatis ad pias caufas relictiis diverfum fervetur? Quomodo intelligenda fit, l. 3. C. de facros. Ecclief. demonftratur.
- 16 An per conftitutum poffeffio acquiratur, ex l. 77. de rei vind. docetur. An conftitutum, feu eius poffeffio extinguitur morte conftituentis, vel conftituentis? Sententia circa hanc rem difcrefa videtur diffinitionis componatur. Circa ifos, qui conftituerunt, vel in quom conftitutum fuit, fi ifi moriantur, quid obfervetur, traditur.
- 17 Circa eorum heredes, fi moriantur, quid obfervetur, docetur. Adducuntur l. 4. §. fin. l. 8. §. 1. & fin. l. 12. de precar. l. fin. C. eod. & num. feqq.
- An heres ex dolo delicti in folatium teneatur, remiffive demonftratur.
- 18 Quid obfervetur, fi poffeffor, vel dominus exprefse, vel tacite velit, ut heres conftituerit poffideat, traditur.
- 19 An ratione accessiois rei poffeffa acquiratur poffeffio, ex l. 10. de precar. docetur. Et an hac in re fit eadem ratio omnium accessiois? Attinguntur §. 2. c. & feqq. ufque ad §. 35. in fin. de rer. divif.
- Acquifita poffeffione dignitatis, errorij iurisdictionis, omnium, que ei accedunt, poffeffio etiam acquiratur. Quomodo, & quando ferarum poffeffionem nancifcamur, docetur.
- An pifcinam, qui in stagno contriventur, aut ferarum, qua in fylvis retinuantur, habeatur poffeffio? An columbarum, & apium, que confuetudinem habent eundi, & rodendū, poffeffio retineatur? Adducuntur, & explicantur §. 13. cum §§. feq. de rer. divif.

Quantum ad media acquirenda poffeffionis actinet, adipifcitur illam, non animo folo, vel corpore folo, fed animo, & corpore fimul concurrere debet, ut qui corpore tantum inftitit rei, fi illa inftititua non nitatur in animo fibi poffidendi: vel contra, fi animus poffidendi fit, deficiat tamen corporalis illa inftititua, nullatenus poffeffio acquiratur: unde fit, ut nullum jus apprehenfio rei praeter ei ad poffidendum, fi animo fine corpore, vel corpore fine animo rei incumbat, l. poffideri 3. §. 1. ibi: Et adipifcitur poffeffionem corpore, & animo; neque per fe animo, nec per fe corpore, & Neratius 3. ibi: Neratius, & Proculus, & folo animo non poffe nes acquirere poffeffionem, fi non antecedit naturalis poffeffio, §. in mittenda 6. l. quemadmodum 8. l. fi me in vacua 34 ff. de acquir. poffeff. D. D. Melchior de Valentia in luftr. trad. 2. cap. 2. n. 28. & cap. 3. n. 12. Anton, Fab. in iurifp. Papin. tit. 11. privic. 8. illat. 26. Cojac. lib. 23. queft. Papin. in l. peregre 44. §. quibus 2. ff. de acquir. poffeff. Donell. lib. 35. comm. jur. civil. cap. 8. & 9. & 10. & Oluvald. dift. in loc. Quemadmodum etiam ad animum poffidendi requiritur, ut quis aperte fciat, quidnam poffidere velit: incertam enim partem rei nemo poffidere potest: veluti fi hac mente quisquam fit, ut quidquid Titius poffidet, ille quoque poffidere velit, d. l. poffideris 3. §. incertam 2. d. l. tit. Unde provenit illud; quod Pomponius ftatuit in l. locus 26. eod. tit. his verbis: Locus certus ex fundo & poffideri, & per longam poffeffionem capi potest, & certa pars pro indivifo, que introduitur, vel ex emptione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex caufis incerta autem pars nec tradit, nec capi potest: veluti fi ita tibi tradam, quidquid mei iuris in eo fundo eft: nam qui ignorat nec tradere, nec accipere id, quod incertum eft, potest, l. per eum 30. in princ. & §. 1. ff. de acqu. poffeff. Ulpianus etiam in l. fi me in vacuam 34. eod. tit. hac fcripfit: Si me in vacuam poffeffionem fundi Corneliani miferis, ego putarem me in fundum Sempronianum miffum, & in Cornelianum pro, non acquiram poffeffionem, nifi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore confecerimus. Quoniam autem in corpore confecerimus, an a te tamen recedet poffeffio quia animo deponere, & mutare nos poffeffionem poffe & Celfus, & Marcellus fcribunt, dubitari potest: & fi animo acquiri poffeffio non potest, nunquid etiam acquifita eft? Sed non puto errantem acquirere: ergo nec amittet poffeffionem qui quodammodo sub conditione recessit de poffeffione: profequitur in §. feq. sed fi non tibi, fed procuratori meo poffeffionem tradat, videndum est: fi ego errem, procurator meus non erret, an mihi poffeffio acquiratur? & cum placeat ignorantia acquiri, poterit & erranti: sed fi procurator meus erret, ego non errem, magis eft, ut acquiram poffeffionem. Quæ lex fic intelligi debet: fi in tradenda poffeffione error intervenerit, diftingui debet: fi error in nostro animo fit, ut idem, quod ad poffidendum datur, poffideamus; credentes tamen nos aliud poffidere, quia in veritate confentimus, ille error non impedit poffeffionem: fi vero in corpore ipfo, quod poffidendum eft, erraverimus; tunc nec acquiritur, nec amittitur poffeffio: fic contingit in contractibus, nam fi mihi Stichos ftipulatus fuero à te, & cum duos, vel plures Stichos haberes, ego de uno Stichos, tu de alio fenferimus, non valebit ftipulatio, l. inter ftipulatum 83 §. 1. l. continuis 137 §. 1. ff. de verb. obligat. de quo errore, & aliis vide Joan. Borch. de verb. obligat. cap. 5. à num. 72. usque ad num. 90. præcipue à num. 8. vobis & non valet, Donell. lib. 4. comm. jur. civil. & ibi Oluvald. ex Julio Pacio litter. A. vetus Frideric. Mindan. de acquir. poffeff.

procuratoris cap. 11. num. 13. Ceterum quæ de procuratore dicuntur in fin. dift. l. si me in vacuam explicavi- mus cap. super. num. 14. & 15.

3 Ipse vero Paulus in eo, quod ftatuit, fcilicet animo & corpore fimul nos debere acquirere poffeffionem, fe ipfum explicans in dift. l. poffideri 3. §. 1. addit, quod non utique accipiendum eft, ut qui fundum poffidere velit, omnes glebas circumambulet, fed fufficiat quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente, & cogitatione hac fit, uti totum fundum ufque ad terminum velit poffidere, ut explicuimus fuprà hoc lib. cap. 10. num. 10. & feqq. Unde provenit, ut fi fint plures fundi, qui sub appellatione fundi, quem ingreditur poffidens, comprehendantur tanquam pertinentes, vel ejuſdem nature, & qualitatē, & horum omnium poffeffionem poffeffor confequantur per folam apprehenfionem ejus fundi, quo ceteri continentur argum. dift. l. 3. §. 1. & l. 1. §. veteres 16. l. prædia 48. ff. de acquir. poffeff. l. Scia 20. §. tyranna 7. ff. de inſtr. vel inſtrum. legat. l. prædiis 91. §. Titio Sciana 5. ff. de legat. 3. Myſinger. cent. 3. obſervat. 39. Zal. lib. 1. conf. 10. num. 6. Borch. de feud. cap. 7. num. 11. Cuiac. lib. 7. reſponſ. Papin. in dift. l. prædiis §. Titio Sciana, & quos refert Petrus Frideric. Mindan. de acquir. poffeff. cap. 11. n. 16. Hinc etiam fi civitas, vel Eccleſia, cujus poffeffio tradita eft, habeat ſub ſe caſtrum aliquod, vel caſtrum ſibi pertinentia, hujus quoque, poffeffio ſimul tradita cenſeatur: cujus illa vulgariffima ratio eft, quia id, quod acceſſorium eft, nunquam à principali ſeparetur, & eandem pariter ſtatus conditiones, quas principalis, cujus acceſſio eft, ita Menoch. reinend. poffeff. rem. 3. num. 827. D. D. in ca. 1. quid ſit inveſtitura. Vveſembach. conf. 1. num. 51. Andreas Gail lib. 2. obſervat. 62. num. 7. & obſervat. 129. num. 7. Roſeb. de feud. 6. Frideric. Mind. dift. cap. num. 16. verſic. hinc ſi civitas l. qui fundum 12. ff. quemadmodum ſervit. amittant. & ibi Bartol. & alij D. D. Guid. Papa. deciſ. 355. Cœopol. de ſervit. urbanor. prædiar. cap. 2. num. 3. & quod unus iurisdictionis actus poffeffionem & reliquorum inducat, referunt Vveſembach. & Andreas Gail. alijque paulò ſuperius citati.

4 In his tamen omnibus hæc adnotatio ſemper obſervanda eft, puta ſi & animus tradentium is fuerit, ut pertinentia omnia ſimul tranſirent, ſicut Bartolo, Alexandro, & aliis in dift. l. 1. de acquir. poffeff. placuit: vel ſi pertinentia illa, de quorum poffeffione agitur, commutativa non ſint jam occupata ab alio, Alex. in dift. l. poffideri 3. & l. quod meo 18. §. ſi dum ab alio 3. & ibi gloſſ. ff. de acquir. poffeff. vel ſi pertinentia hæc eadem rei apprehenſæ appellatione veniant dift. l. Scia 20. §. tyranna 7. ff. de inſtr. vel inſtrum. legat. uti dixi in princip. num. ſuper. Ex hoc principio etiam explicandum eft, an & quatenus una hereditatis re apprehenſa, & reliquorum poffeffio etiam apprehenſa cenſeatur: de qua quæſtione vide Andr. Gail. dift. obſervat. 129. num. 6. Myſinger. dift. obſervat. 29. Menoch. adipifcend. poffeff. rem. 4. num. 739. Pe-regrin. de fideicom. art. 48. num. 72. & feqq. Borcholt. cap. 7. num. 11. Malcard. de probation. con-cluſ. 27. num. 7. & feqq. Surd. 1. conf. 135. num. 60. conf. 160. num. 260. num. 2. ubi cauſiffimè diftingunt: neque enim ſub univerſitate hereditatis omnes res hereditatis, præſertim diverſiffimæ, & ſeparatæ, unius rei apprehenſione cenſeantur apprehenſæ, & poffeffæ. Quod vero hereditatis, vel feudi poffeffio ſine apprehenſione non tranſeat in heredem apud omnes certum eft: quod non ſolum obtinet in extraneo heredem, ſed etiam in ſuo dift. l. 1. §. vobis Heron. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

eres 16. ff. de acquir. poffeff. Bartol. ibid. num. 2. l. cum heredes 23. eod. tit. Andreas Gail. plurimos adducens in dift. obſervat. 129. Myſinger. cent. 3. obſervat. 38. Menoch. adipifcend. poffeff. rem. 4. num. 81. & ibi Tiraguell. Ficaril. 1. conf. 9. numero 11. & ſequentibus Craveta conf. 302. Roland. à Valle 2. conf. 46. Toming. deciſ. 11. per tot. Petrus Frideric. Mind. dift. cap. 11. num. 16. verſic. unde etiam & verſic. quod vero. Donell. lib. 7. 8. comm. jur. civil. cap. 10. ibid. Oluvald. litter. C. Quæ ſententia idem vera eft, ut etiam in eo caſu, quo per colonum poffidebat reſtator etſi in colono naturalis apprehenſio continuari videatur, hæres tamen id non poffit niſi nova apprehenſione poffidere: cujus ſententiæ expreſſus textus eft in l. qui univerſas 30. §. quod per colonum. 5. ff. de acquir. poffeff.

Ex eo, quod diximus ſuprà num. 1 & 3. in princ. fcilicet, quod animo & corpore ſimul poffeffionem acquiramus, & niſi utrumque concurrat, illam non adipifcamur, hæc ſequelam Paulus circa poffeffionem theſauri deducit: ejus verba referre ſufficiat, ut mens intelligatur, ideoque (inquit) ſi theſaurum in fundo meo poſitum ſciam, continuo me poffidere, ſimul acque poffidendi affectum habuero quia quod deſit naturali poffeffioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus, & Manilius putant eum, qui fundum longa poffeffione capit, etiam theſaurum cepiſſe, quævis neſciat in fundo eſſe; non eſt verum, is enim, qui neſcit, non poffidet theſaurum, quævis fundum poffideat: ſed eſt ſciat, non capiet longa poffeffione, quia ſcit alienum eſſe. Quidam putant Sabini ſententiam veriorē eſſe ne alias eum qui ſcit poffidere, niſi ſi loco motus ſit, quia non ſi ſub custodia noſtra: quibus conſentio. Et hæc Sabini ſententiam amplectitur etiam Papinianus in l. peregre 44. ff. de aquis. poffeff. De theſauro, & cujus ille fiat, vide Donellum lib. 4. comm. jur. civil. cap. 4. & ibi plures interpretes adducens Oluvald. per tot. cap. Et hæc de mediis acquirenda poffeffionis dixiſſe ſufficiat.

De modis ergo acquirenda poffeffionis per ordinem in ſequentibus agendum eſt: itaque primus modus eſt traditio rei, cujus poffeffionem velimus nancifci ſi per traditionem 43. inſtit. de rer. divif. l. una ratione 9. §. nihil autem 4. ff. de acquir. rer. domin. quando quidem niſi etiam rei venditæ donatæ &c. poffeffio tradatur, emptor, donatarius &c. pro poffeffores poffident, de quo ſuprà fuſe egimus cap. 6. & cap. 8. paſſim. Alter modus acquirenda poffeffionis eſt vacuæ poffeffionis ingreſſus, apprehenſio, & recuperatio, l. cum heredes 23. ff. de acquirend. poffeffion. ibi: Cum heredes inſtituti ſumus adita hereditate omnia quidem jura ad nos tranſeunt: poffeffio tamen niſi naturaliter comprehenſa ad nos non pertinet, l. minus 2. C. eod. tit. eleganter Marc. Lyclama lib. 7. memb. egloga 25. licet ibidē de poffeffione civili tranſferenda ad heredes ipſo jure non bene ſentiat, ut notavimus ſuprà hoc lib. cap. 5. num. 7. aded ut hereditatis aditio non tranſferat poffeffionem rerum hereditariarum, niſi vera apprehenſione intervenerit dift. l. qui univerſus 30. §. quod per colonum 6. dift. tit. vel comprehenſio hereditatis etiam ſi ſubſit hæres, licet ipſa aditione ſolā nullo alio actu interveniente, ipſum hereditatis dominium, omniaque alia jura ſtatim confequamur dift. l. 1. §. veteres 16. l. heres 37. Digefſis de acquirend. heredit. Andreas Gail. dift. libro 2. obſervat. 129. Donell. lib. 5. comm. jur. civil. cap. 6. & lib. 7. cap. 10 & Oluvald. ibid.

b at Sic enim prince non possidet quam thesaurum, vel alia def. illa locod moverit: & hanc verè esse, & propria det. 6. *Neratus*, & *di. l. peregrè* sententiam tradit *Frideric. Mindan. di. cap. 11. num. 37.* Decimo sexto acquiritur possessio, si facta alienatione cuiuscumque rei, ususfructus, vel quid aliud retineatur: nam hæc ipsa retentio pro traditione habetur secundum ea, quæ Imperatores scripserunt in *l. quisquis 28. C. de donat.* *Mascard. de probation. conclus. 11. 88.* *Frideric. Mindan. de acquirit. possess. di. cap. 11. num. 38.*

14 Decimo septimo acquiritur sine ulla traditione possessio, quando cautum fuerit lege consuetudine, aut statuto, ut eam absque ulla corporali apprehensione nascamur: Et hoc modo tam rectè est acquisitio possessionis, ac si precedente vera traditione, & apprehensione illa acquisita fuisset per text. in capite ex literis extra de consuet. gloss. *ibid. in verbo signum*, *Alex. in l. si savori 14. Codice de iur. deliber. numer. 3.* *Castrenf. ibid. dicto numero* eodem modo *Jalon. numero 2.* *Andreas Gail. libro 2. observat. capite 129. numero 13.* & statuto, ac lege hoc introduci posse certum est, ex *l. raptores 54. c. c. r. f. c. l. bona autem eorum C. de sacrosanct. Eccles. Afflict. decis. 19. 9. num. 4.* *Andreas Gail. lib. 2. observat. observat. 152. num. 18.* & fusè *Tiraquell. in tract. le mort fait le vis, num. 7. declarat. prefat. num. 5.* ubi dicit per consuetudinem, vel statutum posse transferri ipso iure possessionem nulla actus nullòque vel verbo interveniente, allegatque *di. in loc.* innumeratis Doctorum auctoritates, quarum aliquas etiam refert *Gail. di. observat. 157. num. 18. in fin.* Ita consuetudinibus plerorùmque locorum Gallie, & Italie, hæreditatis possessionem ipso iure transferri in proximum hæredem, etiam si necdum corpore eam apprehenderit successor, & talem posse, uti illis interdictis, quæ tantum veris possessoribus dantur, de quibus supra egimus, ex *Tiraquello* docet *Petrus Fridert. Mindan. di. cap. 11. num. 39.* Hæc tamen sententia licet communissimè ab omnibus interpretibus recipiatur, tamen in multis casibus limitatur, videlicet ut non procedat nisi in vero, & proprio hærede, item habili, & capace, naturali & legitimo simul, neque extendatur ad legatarium, seu fideicommissarium, neque etiam ad vasallum, sive emphyteutam Doctores apud *Sebastian. de Medic. de acquirit. possess. gloss. 1. part. 2. num. 31. & seqq.*

15 Hoc tamen observari debet, quod si feudum, vel emphyteusis talis naturæ sit, ut transeat ad hæredem, vel tale extet privilegium, aut consuetudo, ut etiam legitimatus fiat hæres, eum quoque hæredis privilegia habere efficiatur: non ab simili ratione acquiritur etiam possessio, si testator eam expressè legaverit, aded ut etiam proprietatis legata videatur, *Alciat. cons. 38. num. 9. l. interdum 78. ff. de verborum signific. Mantica de conjectur. ultimar voluntat. lib. 9. titul. 2. num. 32.* vel si adsit pactum, quod debitor non solvente res cadat in solutum, pignusque apud creditorem pro empto maneat, *l. si fundus 16. §. fin. de pignor. Afflict. decis. 368. num. 1.* *Cæpol. caut. 309. Alex. lib. 7. conf. 174. num. 9.* *Negulant. de pignor. 4. part. princ. num. 11.* *Frideric. Mindan. supradict. num. Pinel. part. 1. C. de reso. vend. cap. 1. num. 25.* *Osuvald. lib. 13. comment. Donel. cap. 1. liter. O.* Ulterius notari oportet, ad hoc, ut similibus legibus, vel statutis absque apprehensione possessio transferatur, necesse est, ut specialis in illis fiat mentio de possessione transfe-

renda ipso iure: nam licet ipsa res forte legatum seu quod donatur, dicatur ipso iure transire ad legatarium, seu donatarium; hoc non est intelligendum de possessione, sed solum de dominio, *l. si tibi homo 86. §. cum servus 2. ff. de legat. 1. l. à Titio 64. in fin. ff. de iur. l. legatum 80. ff. de legat. 2.* possessio vero non transit sine apprehensione sine vera, sive ficta, ut docuimus passim in *precedentibus.* Sic *Javolenus in l. cum hæredes 23. Digest. de acquire. possession. cum hæredes institui sumus*, (inquit,) *aditæ hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet:* Et sic etiam Doctores in *di. l. claribus 74. ff. de contrab. empt.* Ex quibus rectè *Frideric. Mindan. num. 15. C. de rei vind. num. 100.* dicebat, quod ex *l. ut interdiximus 13. C. de sacrosanct. Eccles. rei ad causas pias legatæ, seu donatæ non tantum dominium ipso iure transeat in legatarios; vel donatarios, sed etiam possessio: cum in d. l. non concedatur eis nisi perpetua vindicatio, & exactio rei sine ulla domini necdum possessionis translata factæ mentione.*

Decimo octavo acquiritur possessio per constitutum, ut si venditor constituat se rem venditam tenere, & possidere nomine emptoris, *l. quadam mulier 77. ff. de rei vindic. ibi gloss. & Bartol. l. quamvis 32. §. l. 1. l. interdum 21. ff. de acquirend. possess. & utrobique DD. l. precario 9. ff. precar. latè Tiraquell. tract. de constit. possess. part. 1. numer. 2.* quod ita procedit, si tempore constituti constitutus possidebat rem, quam nomine emptoris possidere voluit *Angel. & Alex. in di. l. quamvis*, *Tiraquell. di. part. 1. limitat. 1.* *Mascard. 45.* vel enim queritur de ipsismet personis, quæ constituerunt, vel de eorum hæredibus: primo casu si constitutus moriatur, possessio non spirat in superveniente possessore vero, per ea, quæ *Tiraquellus* tradit, *de constit. possess. part. 2. ampliat. 13. num. 8.* si verò is, cui constitutum factum est, prior moriatur, possessionem quoque constitutam spirare certum est; quia mortui nulla possessio, neque ejus nomine quis amplius potest possidere: nisi forte hæres ejus possessionem, & suo nomine continuandam proroget, vel de novo concessam obtineat; idque vel expressè, vel tacitè per quandam nimirum patientiam per *l. in rebus 4. §. ult. & l. seq. ff. de precar.* vel nisi id prius actum sit, ut etiam mortuo alterutro in hæredem causa constituti transeat: nam tunc hæres defuncti sui auctoritas lucro afficitur, vel obligatione adstringitur.

Altero verò casu, scilicet si agatur de hæredibus 17 & non de his ipsis, qui constituerunt, sic subdistingendum esse docet *num. 24.* vel enim queritur de hærede constitutis, vel constitutarij, cui factum est constitutum, vel cuius nomine constitutus possidebat: & in eo casu exemplo precarij nullum esse dubium, quin transferatur possessio ad hæredem ejus, cui factum fuit constitutum, vel à quo precarium habetur, text. in *di. l. in rebus 4. §. fin. ff. precar. l. questum 8. §. 1. eodem titul.* ubi *Ulpianus* hæc scribit; *Quod à Titio precario quis rogavit, id etiam ab hærede*

hærede ejus precario habere videtur: & ita Sabinius, & Celsus scribunt, eoque iure utimur. Ergo & à ceteris successoribus habere quis precario videtur. Item & *Libro* probat, & adicit: *etiamsi ignoret quis hæredem; tamen videtur eum ab hærede precario habere.* Id ipsum probatur ex *l. cum precario 12. §. fin. di. l. tit. in his verbis: precarij rogatio & ad hæredem ejus, qui concessit, transit: ad hæredem autem ejus, qui precario rogavit, non transit: quippe ipse durat, non etiam hæredem concessa possessio est.* Quod omne ut respectu constitutæ possessionis procedat, requiritur ut etiam ab ipso hærede possessio, præcedente apprehensione, acquiratur, per *l. quis universas 30. §. quo per colonum 5. ff. de acquirit. possess. Priori verò casu si constitutus moriatur, vel precario rogans, spirat etiam constitutum, vel precarium, per *di. l. cum precario §. 1. text. in l. fin. C. de precar. & Salvian. interdict. ibi: habitantis precario hæredes ad restituendum habitaculum teneri contra eos interdicto proposito manifestè declaratur.* Unde tali casu hæres tenetur, quatenus ad eum pervenit, vel dolo fecit, quominus perveniat *di. l. questum §. fin. ibi: Hoc interdicto hæres ejus, qui precario rogavit, tenetur: quemadmodum ipse si sine dolo fecit, sive dolo fecit, quominus haberet, vel ad se perveniret, tenetur: ex dolo autem defuncti hæredem, quatenus ad eum pervenit.* Hæc *Frideric. Mindan. di. loc. num. 44. & seq.* vide etiam *Covart. lib. 3. var. res. cap. 154. quem explicat Réinh. Bacovius in exercit. adversus Anton. Fabr. in ebiliad. ult. dec. 77. err. 4. num. 4. & dec. 76. err. 9. num. 2.* Quomodo verò teneatur hæres, an insolidum, an verò solum in eo, quod ad ipsum pervenit; vide *Anton. Fabr. in varior. ad l. si pro fure 7. §. 1. ff. de cond. furt. & copiosius in l. in conditione 9. cod. tit.* qui omnium elegantissimè hæc de re scripsit.*

18 Alia esset ratio, si verus possessor, vel dominus hæredem constituentis in possessione permanere tacitè, vel expressè concedat, vel patiat; tunc enim proculdubio continuatur constitutum, *di. l. in rebus 4. §. fin. l. item queritur 13. §. qui impleto 11. ff. locati & ibi Bart. l. plane 37. ff. pro soc. tangit hæc Meriolanus ad *di. l. quoties 15. c. de rei vindic. num. 50.* & latius *Tiraquell. supra dict. loc. quem approbat Frideric. Mindan. in di. l. loc. num. 6.* Ex quibus decimum nonum possessionis acquirendæ modum idem observat *num. seq.* nempe prorogationem possessionis, tacitam, vel expressam in hæredem possessoris jam defuncti *di. l. in rebus 4. §. fin.* ubi *Ulpianus* hæc adiecit: *item qui precario ad emptor rogavit, finito tempore etiamsi ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur: intelligitur enim dominus cum patitur eum, qui precario rogaverit, possidere; rursus precario concedere, & Pomponius in l. seq. sed si manente adhuc precario (inquit) tu in ulterius tempus rogasti, prorogatur precarium: nam nec mutatur causa possessionis, & non constituitur eo modo precarium, sed in longius tempus profertur: si verò præterita die rogas, propius est ut soluta jam causa precarij non re integretur, sed nova constituitur.**

19 Vigesimo acquiritur etiam possessio ratione accessionis rei possessæ: unde idem *Pomponius* in *l. quamvis 10. ff. precario, quamvis ancillam* (inquit) *quis precario rogaverit, id ad eum videtur, ut etiam quod ex ancilla natum esset, in eadem causa haberetur.* Eadem est ratio cæterarum accessionum, uti alluvionis, intertexturæ scripturæ

&c. per ea, quæ scribuntur in *tit. instit. de venum divis. in §. præterea quoque 20. & seq.* atque ad *§. si quis non domino 35. & l. ff. de acquir. rerum domin. prellim ex eo, quod accessionum ea est natura: ut cedant toti, cui accedunt, l. sua 6. §. 1. l. cum aurum 19. §. pervenimus 14. & seq. l. vestis 23. ff. de aur. & argenti. legat. & ita possessio accessivis per possessionem rei principalis acquisita intelligitur, per text. in cap. accessionum de regul. jur. lib. 6. l. cum principalis 178. ff. de regul. jur. Unde acquisitæ possessione dignitatis, territorij, jurisdictionis, eorum, quæ annexa sunt, possessio acquisita censetur: nam possessio, quæ erat penes Imperatorem, vel Episcopum, &c. nomine imperij, vel Ecclesie, continuatur etiã in successorem sine alia corporali apprehensione *Bartach. tract. de Episcop. lib. 3. §. 1. Innocent. in cap. super. de caus. i. off. & propriet. Gnid. Papa decis. 351. & 629.* Denique occupatione, vel inclusione animalia, & alias res possidere incipimus, & possidemus. Sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quæ in sylvis circum septis vagantur, nos non possidemus, quoniam relicte sunt in libertate naturali: alioquin etiam si quis sylvã emerit, videretur eum omnes feras possidere; quod falsum est. Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quæ mâluerit factæ custodiæ nostræ subiectæ sunt. Quidam rectè putant, columbas quoque, quæ ab edificiis nostris evolant, item apes, quæ ex alveis nostris volant, & secundum consuetudinem redeunt, à nobis possideri, *l. possidere 3. §. item feras 14. cum duob. seq. de acqu. poss. §. feras 13. & seq. inst. de rer. divis.**

CAPUT XIII.

De modis, & mediis retinendæ, & amittendæ possessionis.

SUMMARIUM.

- 1 Possessionem animo solo retineri posse docetur. Ad id propositum adducuntur *l. 3. §. 1. l. 10. §. 5. de acquirend. possession. l. 4. Cod. eodem titul.* Possessionem retinemus per eos, qui nostro nomine sunt in possessione.
- 2 Possessio neque acquiri, neque amitti potest absque animo, & corpore simul. Superiori sententia, quæ est *l. 8. de acquir. poss. l. 153. de regul. jur. obstat l. 3. §. 6. de acquir. possell.* De earum legum conciliatione refertur *Mindani sententia, & distinctio.*
- 3 Duarum, *Donelli, & aliorum* ad *di. l. conciliatio* profertur. *Vaconij interpretatio* ab *Osuvaldo laudatæ brevissimè* refertur.
- 4 Nova conciliatio *Doctoris Retes* ad *di. l. ad ducitur, & non probatur.* Nullum discrimen ex verbis *d. l. concipi possell ostenditur.*
- 5 *Vaconij interpretatio* sibi non displicere *Author fatetur.* *Author novam conciliationem* ad *di. l. tradit.* *Non potest civilis possessio acquiri, quin naturalis*

- juris apprehensio procedat, & numer. seqq.
- In consequentiam amissa possessionis naturalis etiam civilis possessio amittitur.
- Eo actu, quo omnia colligata sunt, in contrarium actio dissolvuntur.
- Ex eo, quod possessio non potest acquiri nisi animo, & corpore simul; non poterit amitti, nisi utrumque concurrat.
- 6 Quomodo explicentur verba dicti. l. 8. nisi in qua utrumque in contrarium actum sit, demonstratur.
- Unde sumenda sint exempla ad superiorum explicationem, ostenditur.
- An obstat verbum ferè positum in l. 153, de regul. jur. & ad quid adhibendum fuerit, docetur.
- An idem verbum ferè adhibendum sit ad d. l. 8. de acq. possess.
- D. Franc. de Amaya reprehensor aliorum non laudatur circa conciliationem dictarum legum.
- An rerum mobilium neglecta custodia antequam ab alio occupentur, intervertatur possessio?
- 7 Qualis sit mens Consulti in d. l. 8. de acq. possess. aperitur.
- An verè animo non retinere naturalem possessionem, & eam retinere sine opposita?
- Attinguntur l. 6. §. 1. l. 25. §. 2. l. 46. de acquirend. possession. l. 1. §. 23, de vi, & vi armata.
- Quo sensu dicatur, possessionem naturalem animo retineri, docetur.
- Exemplum ex aditione hereditatis adducitur ad retentionem naturalis possessionis.
- Aliud exemplum elegans ex l. unic. §. fin. de bonorum possession. ex testam. milit. traditur.
- Alterum ex l. 2. §. 3. de decurion. adaptatur?
- 8 Qui animo solo retinet possessionem, postquam corpore ad eam redit, nunquam ab ea adiectuisse creditur.
- Nulla domino subsistente dominium, quod juris est, durare fingitur.
- An idem in possessione, qua facti est, fingi possit cum filio in facta non cadat?
- Possessio non tantum corporis est, sed & juris & plurimum ex jure mutatur.
- Aliquali explicatione illustratur l. 40. in princ. & §. 1. de acquir. possess.
- Possessionem semel questam facilius retineri quam amitti demonstratur.
- Varia exempla ad id probandum adequata adducuntur.
- Quare riparum usus communis, & ripe ipse singulorum sint, ostenditur ad §. 4. institut. de rer. divis.
- Redditur ratio l. 80. de verb. oblig. & l. 8. de eo quod cert. loc.
- Quare dos à muliere data marito, dicatur adhuc durante matrimonio mulieris esse; in l. 75. de jure dot. & l. 21. de manum.
- 9 Quare venditione inter conjuges donationis causa minoris facta, tota venditio nulla sit?
- Et quare diversum sit in venditione facta, cujus pretij partem venditor remisit?
- Redditur ratio l. 38. de contrah. empt. l. 5. §. 5. l. 31. §. 3. & sequent. l. 32. §. 24.

- & sequent. de donat. inter virum, & uxorem.
- Quare qui prohibet conduci res, si successor fiat, remaneat in conductione; ex l. 4. de decurion. docetur.
- Redditur ratio l. pen. de legation. & l. 1. §. 1. de oper. public.
- Quare cæcus Magistratum non accipiat, & acceptum ante cæcitatem retineat, ad l. 1. §. 1. de postul. docetur.
- Quare per procuratorem actionem semper retineamus, & eam non semper acquiramus, ex l. 72. de procurat. ostenditur.
- Quare que ex edificio detrahuntur, adificij sint: secus que de novo ad edificium parantur, ad l. 17. §. pen. de act. empt. traditur.
- Pali de vineis detrahi ut reponantur, & parati ut collocentur, eadem diversitate merentur, ex §. ult. d. l.
- Idem de tegulis dicendum esse ex l. seq. §. 1. de monstratur.
- Numerus liberorum legitimus ad excusationem munerum tempore excusationis requiritur.
- Quare aliqua excusatione à tutela suscepta non excuset, à suscipienda excuset, §. 2. & seq. instit. de excusat.
- Quare rei accusati nova munera non accipiant & dignitatem pristinam retineant ex l. 17. §. 12. ad municip. traditur.
- Explicatur ratio l. 5. §. 7. de jur. in unum. ejusque verba referuntur.
- Militia missus testamentum jure militari non facit, & ante missionem factum ad annum eo jure durat, l. 34. §. 1. de milit. testament.
- Matrimonium rectè contractum post furorem contrahentis durat.
- Duobus concessio Carboniano judicio, altero pubescente, neutri perit Carbonianum l. 3. §. 3. & 8. de Carbon. edict.
- Quare in l. 98. §. fin. versic. nec simili de solut. dissoluta semel navis, & eisdem tabulis confecta, sit eadem navis?
- Creditor Stichus, si alij creditor ejusdem Stichi succedat, habet duplicem actionem: & quare l. 8. de oblig. & action.
- Dua lucrativa causa circa eandem rem non concurrunt; & quomodo id intelligi debeat, docetur.
- An debiti puri legatum creditori relictum valere possit?
- An idem observari debeat indebito conditionali ex l. 5. ad leg. Falcid. & §. 13. instit. de legat. docetur.
- Ex supradictis exemplis quomodo animo retineatur possessio, demonstratur.
- Perficitur conciliatio dicti. l. 8. de acquir. possess. l. 153. de regul. jur. cum l. 1. §. 6. de acquir. possess.
- 11 Per eosdem modos possessionem amitti quibus acquiruntur, docetur.
- Si rem mihi traditam alij tradidero, vel de ea vi dejectus sim, amitto possessionem.
- Si servus, vel filius, vel alij, per quos possidemus, discesserint à possessione; adhuc animo eam retinemus.
- Adducuntur l. 3. §. 8. l. 25. §. 1. l. 40. in princ. & §. 1. de acquir. possess.
- 12 In amittenda possessione quantum interfit, an per

- per nos, an per alios possideamus, ex l. 44. d. tit. docetur.
- Adducitur l. fin. Cod. de acquirend. possession. & ejus, superiorisque legis ratio redditur.
- 13 Si animus possidendi non possit poni in actu, vel constituerimus nolle nos possidere, amittitur possessio.
- Iterum attinguntur l. 6. §. 1. & l. sequent. l. 3. §. 8. l. 25. §. 2. de acquirend. possession.
- 14 Rerum mobilium possessionem facilius, quam immobilium amitti ex l. 13. §. 3. cod. titul. docetur.
- 15 An per inundationem fundi possessio amittatur: & an per piscationem possit ea retineri, ex l. 3. §. 17. de acquirend. possession. & l. 23. quibus modis usufruct. amittat. ostenditur.
- In his questionibus qua distinctio adhibenda sit, ex Amaya, & Ofulvado docetur.
- Giphani contra sententis rationes quomodo ab Ofulvado referuntur, demonstratur.
- Regulariter in jure brevioris temporis ratio non habetur.
- 16 Depositarium rem depositam contrectando deponentis possessionem interrumpit l. 3. §. 18. de acquir. possess.
- An idem dicendum sit, si is qui in nostra potestate est, rem contrectaverit?
- Fugitivi servi possessio non intervenitur, ejusque ratio ex l. 15. d. tit. traditur, & numer. sequent.
- 17 De servo fugitivo plurima remissive adducuntur.
- Explicatur l. 13. l. 15. l. 47. de acquirend. possession. l. 17. §. fin. de furt. quibus ostenditur per fugitivum acquiri res, & earum possessionem.
- 18 Superioris sententia obstat l. 54. §. fin. de acquirend. rerum domin. eique respondetur.
- Obicitur l. 60. de furt. l. 1. C. de serv. fugit. similique dissolvitur.
- Obicitur etiam d. l. 47. de acquir. possess. junctim à l. 17. de ædil. edict. earumque difficultas componitur.
- 19 Ex l. 18. in princ. & §. 1. l. 1. §. 4. de acquir. possess. referuntur modi quidam amittenda possessionis.
- 20 Ex l. 19. l. 20. & l. 47. eod. tit. alij modi proferuntur.
- 21 Adducuntur l. 22. §. 1. de acq. poss. l. 19. ex quibus cau. major.
- 22 Referuntur Tertulliani responsum in l. 28. ff. de acq. poss.
- 23 Ex l. 10. §. 1. & seqq. de acquirend. possession. & aliis referuntur multi modi amittenda possessionis.
- Per donationem pignoris possessionem amitti, ex l. 36. d. tit. probatur.
- Idem per sequestrum contingere ex l. 9. eod. tit. demonstratur.
- Ex specie l. 38. dict. tit. alius modus amittenda possessionis numeratur.

Quamvis solo animo adipisci possessionem non possimus, tamen illi animo solo retinere valeamus; non solum si agamus de civili possessione sequenda, sed etiam de naturali, ut abundè scri-

ptimus supra hoc lib. cap. 5. & aperte etiam ostendit Paulus in l. qui universas 30. §. quod per columnam 5. ff. de acquir. possess. his verbis: Retinere enim animo possessionem possimus, adipisci non possimus, l. possideri 1. §. salus 11. eodem titul. ibi: Salus hybernos, astivisque animo possidemus, quamvis certis temporibus relinquamus, & Imperatores Diocletianus, & Maximianus in l. licet 4. C. eodem, ibi: Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest: si ergo prædiorum desertam possessionem non derelinquendi affectione, transacto tempore non coluisti: sed motus necessitate culturam eorum distulisti, præjudicium tibi ex transmissi temporis injuria generari non potest. Possessionem retinemus non solum per nos metiplos, sed etiam per alios qui nostro nomine possident, ut demonstravimus fusè supra cap. 11. & stat text. in l. generaliter 9. ff. de acq. possess. circa quæ aliqua in sequentibus dicemus.

Inde provenit, ut quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo, & corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum sit, ut ipse Jurisconsultus Paulus loquitur, in l. quemadmodum 8. ff. eodem titul. l. ferè 153. ff. de regul. jur. Ipse verò Paulus sibi ipse pugnare videtur in dict. l. possideri 3. §. in amittenda. 6. eodem titul. de acquir. possess. ibi enim ex diametro opposita his, quæ in dict. l. quemadmodum, scripserat, statuit, dum hæc nobis dedit: In amittenda quoque possessione, affectio ejus, qui possidet, invenienda est: itaque si in fundo sit, & tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem: igitur amitti possessio & animo solo potest, quamvis acquiri non potest nisi simul corpus, & animus concurrant. Quærens Fridericus Midanus de acquir. possess. cap. 11. num. 53. quomodo hæc duæ leges possint conciliari, sic conciliandas esse docet, quod dict. l. quemadmodum 8. & dict. l. ferè 153: intelligendæ sint eo casu, quo quis non tantum animo, sed etiam corpore in fundo, vel possessione sit: lex verò possideri 3. §. in amittenda 6. & similes accipiendæ sint in ea specie, qua quis corpore suo non quidem sit in fundo, vel in possessione; sed tamen animo possessionem circumfert tam civiliter, quam naturaliter: quod fieri posse demonstravimus supra dict. ca. 5. nam si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides civiliter, & naturaliter, dict. l. possideri 3. §. sed est animo 7. videlicet quia ut civilis possessio semper, ita naturalis plerumque, & sæpissimè animo solo retinetur; unde provenit, ut & solo animo amitti possit: sed quatenus hujusmodi animus utriusque possessionis respectu, non tantum juri, sed etiam corpori, vel usui incumbit, ut etiam ostendimus supra hoc lib. cap. 2. in fin. eatenus animo, & corpore in contrarium agi potest, ut possessio amittatur, dict. l. quemadmodum 8. & dict. l. ferè, nisi fortè verus possessor rem suam vendat, eamque nihilominus precario, vel ex conducto retineat, &c. sicque alieno nomine possideat, ut infra dicemus, & §. in amittenda, & l. si quis 17. ff. de acquirend. possession. nam & hoc casu, solo animo amitti possessionem, & sic rectè conciliari dictas leges tradit Fridericus Midanus.

Aliud eorum textuum conciliandi genus deducitur ex Joanne antiquo glossatore probat Duarenus in dict. l. possideri 4. dict. §. in amittenda, distinguendo sic: si amissio possessionis incipiat à corpore, tunc utriusque, & corporis, & animi actus requiritur: si verò inchoetur ab animo, solum animi

mi motus, & separatio requiritur. Quam solutionem, & interpretationem vulgò receptam esse, testante Zasio in *dist. §. in amittenda num. 5.* Fachin. lib. 8. *controverf. cap. 21.* Gothofred. in *dist. l. quemadmodum 8.* ait Oluvaldus lib. 5. *comment. Donel. cap. 3. liter. C.* ubi alias aliorum plures conciliationes refert, & Vaconij à Vacuna interpretationem laudat, licet eam non ferat: illam tamen longissima verborum, & cogitationum varietate conceptam à Vaconio paucis verbis conscribam. Possessio in faciendo consistit, quia tota facti est: & ita animus, & corpus ad agendum simul requiruntur: ergo ut amittatur possessio, animus de non faciendo sufficit, cum non fiat, & sine facto nulla subsistit possessio: & ita non dicit Paulus in *dist. l. quemadmodum 8.* requiri etiam corpus, & animum ad amittendam possessionem, sed solum ut in contrarium agatur, id est ut non fiat: ad quam solutionem explicandam plurima exempla affert, & scitè ea proposito suo adaptat. Vide etiam Paul. Bussium lib. 3. *subtilit. jur. cap. 15.* & novissimè Joann. Wissembrechtius *disputat. §. 1. num. 31.* has ll. conciliat obiter quasi nihil agens, & certè meo videri nihil egit.

Novam conciliationem ad dictas leges noviter excogitatum præbet Ductor Josephus Fernandez à Retes lib. 1. *miscellan. cap. 14.* qui vigilanter desiderans textuum concordiam, distinguendum esse ait inter dimissionem possessionis, & inter ejus amissionem, dimissionem vocat, quando possessor rem possessam à se abjicit vel in alium transferre vult: quibus in casibus statim ac statuit possessionem à se abjicere, vel in alium transferre, protinus possidere desinere affirmat: cum enim (inquit) affectus concurrere debeat cum detentione, si desit affectus, licet adhuc adsit detentio, non potest dari possessio: deficiente quippè uno ex pluribus requisitis, quæ copulativè requiruntur, totus actus corrumpitur, licet omnia non deficient argument. text. in *l. si heredi §. ff. de cond. instituit. §. plures instituit. de rerum divis.* igitur si quis animo derelinquat possessionem, quamvis in fundo corporaliter maneat, & illum detineat, possidere desinit, cum desit affectus possidendi, quamvis adsit detentio rei possessæ: & hanc esse sententiam *dist. §. in amittenda*, tradit. Amissionem verò possessionis appellat, quando ratione ipsius rei, nullo actu nostro præcedente, desinimus possidere: veluti si res possessa intereat, vel servus manumittatur, vel res dedicetur, aut fiat sacra religiosa, aut sancta, *l. qui universas 30. §. 1. & sequentibus ff. de acquir. possess. vel si à flumine, vel mari occupata sit, l. possideri 3. §. Labeo 17. ff. eodem titul.* quibus in casibus amittitur possessio, quamvis in possessore affectus, & desiderium possidendi adhuc duret: nam tunc de est etiam aliud requisitum, scilicet detentio rei, quæ corporaliter fieri debet: vel etsi nunc præsens non fiat, debet possibile esse, ut in actu ponatur illa apprehensio realis, quæ nunc non fit: & ita cum jam non sit res, quæ apprehendi possit, possessio irritatur: & de hac amissione loquitur textum in *l. quemadmodum 8. dist. tit.* & in hoc distate ejus spectem ab ea, quæ continetur in *dist. §. in amittenda 6. dist. l. possideri*, pro certo statuit: cætera quæ addit, apud eundem *dist. loc.* poterunt videri. Sed vellem eum interrogare, undè sumplerit hanc distinctionem: nam Paulus, cujus uterque locus est, uno, & amittendi vocabulo utrobique utitur: ait enim in *dist. §. 6. in amittenda quoque possessione, &c.* & in *dist. l. 8. quemadmo-*

dum nulla possessio acquiritur, nisi animo, & corpore prætest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est: Eodem amittendi verbo utitur idem Jurisconsultus in *dist. l. ferè 153. de regul. jur.* ergo inter hos textus nulla ex eorum vocibus differentia concipi potest. Ulterius, Jurisconsultus Paulus nobis ne dare voluit documentum, quod modo amittantur possessio in rebus, quæ perierint an animo, & corpore simul, an animo solo; Certè laudandus erat Paulus, si in hoc cogitando genium suum fatigasset; cum plusquam manifestum sit, interitu rei possessionem ita amitti, ut animus, & affectus possidere volenti nihil proficiat: itaque hanc interpretationem non debere sustineri putamus, neminem tamen prohibemus, ut si recta ei videatur, eam amplectatur, sicut & illam, quam adducit D. Simon de Villalobos in *paradoxa civil. philosoph. cap. 10.*

Ex explicationibus, quas retuli, nulla mihi elegantior visa est, quàm illa, quæ à Vaconio traditur in *supradict. loc.* Sed ne redarguant ceteri Authores dicentes, alienas nos reprehendere vigilias in re, cui nihil dedimus ex nostro: *Nam qui alios reprehendit, (ut inquit Lact. Firm. lib. 3. divin. inst. cap. 5. quod nesciant, ipse debet sciens esse. Cum autem nihil sciat, quæ perversitas quæve insolentia est, ob id ipsam se philosophum constituere propter quod cæteras tollat? Vel ne nos tangat desidentia Ciceronis, de quo idem Lact. ibid. lib. 5. cap. 17. ait enim facilis se posse dicere quid non sit, quàm quid sit, accipit etiam quid circa conciliationem horum textuum aliquando cogitavimus, dubito an cæteris facilius. Itaque in memoriam revocare ea, quæ diximus supra hoc lib. cap. 5. num. 7. nempe quod non possit civilis possessio acquiri, quin præcedat naturalis, *l. possideri 3. §. Neratius 3. ff. de acquir. poss. ibi: Neratius, atque Proculus solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio*, ubi forma nanciscendæ possessionis civilis est naturalis possessio: sine apprehensione enim, vel eo actu, qui loco apprehensionis sit: de quo diximus abundè *cap. super. civilem non acquirimus possessionem: itaque in consequentiam amittæ possessionis naturalis certum est amitti etiam civilem possessionem, quia hæc destituitur fundamento illo naturalis, quo nitetur, dissoluto, ut notavimus in *dist. cap. 5. num. 7. 14. & 15.* quare pro firmissima regula tenendum est in acquirenda possessione apprehensionem naturalem præcedere debere, & animum subsequi. Virenius, eo modo in contrarium acto omnia dissolvuntur, quo colligata sunt, *l. 1. §. secundo loco 5 ff. de posul. l. si fundum 16. ff. de fund. dotal.* unde certissimum principium est, quod sicut non possit acquiri possessio, nisi simul animus, & corpus ad ejus acquisitionem concurrant; ita neque amitti possit possessio, nisi utrumque in ejus amissione interveniat: deficiente enim uno, possessio retinetur: à qua regula nec detrahimus eos, qui solo animo retinent possessionem tam civilem, quàm naturalem; quia illi etiam corpore discedunt, cum corporealem illam apprehensionem animo retinebant, quam quomodo retineant animo solo, paulò inferius docebo) & animo discedendo à possessione, corpore etiam discedere creduntur. Et sit licet his contrarium statuatur in *dist. §. in amittenda*, his verbis: *igitur amittit & solo animo potest, quamvis acquiri non potest. l. si quis vi 17. §. 1. ff. de acquir. possess.* non tamen positum est, quod statuitur: nam quod ibi dicitur**

citur, ex ipsa regula provenit, ut modus, qui servatus fuit in acquirenda possessione, in eadem possessione postea amittenda in contrarium serveret, & agatur, *dist. l. quemadmodum 8. dist. tit. l. ferè 153. ff. de regul. jur. l. 1. ff. pro derelict.* quod omne sic debet explicari.

Sicut in acquirenda possessione naturalis apprehensio & possessio *d. l. possideri 3. d. §. Neratius*, præcedere debet; civilis verò subsequi: sic in amittenda, civilis possessio præcedat, & postea naturalis subsequatur: vel ita, sicut in acquirenda possessione anteit corpus, & subsequitur animus; sic in amittenda animus ante eat, & corpus subsequatur; ita ut in consequentiam civilis possessionis amittæ, quæ tota animi, & puri juris est in se considerata, & postquam corpore fuerit acquisita, ut ostendimus supra *d. cap. 5. n. 14. & 15.* naturalis etiam possessio amittæ videatur: & hoc est, quod significat illud *utrumque in contrarium actum est* repetitum in *d. l. quemadmodum 8.* Neque quicquam faciunt supradicta verba, *l. possideri 3. §. in amittenda*, nam ibi non dicitur, solo animo possessionem amitti manente adhuc corporali insistentia in re possessa, sed quod separando à possessione animum, quo corporalis apprehensio nitetur, dum animo retinetur, in consequentiam animi separati, corporis etiam separatio contingat; & sic etiam possessio naturalis amittatur, non per se, si adhuc res, quam possessor possidebat, teneatur; sed in consequentiam amittæ civilis: ita ut per animi separationem à fundo corpus etiam separatam esse credamus, ut (licet ad aliud propositum) diximus supra *lib. 2. cap. 5. num. 2. & seqq.* undè elegantia exempla sumes ad explicanda superiora; nam si civili possessioni, postquam per naturalem acquisita est, inest naturalis possessio; jam civili, sive acquisita sive amittæ, naturalem quoque sive acquisitam, sive amittam videri debere necesse est. Neque nobis obstat verbum illud *ferè*, quod à Paulo ponitur in *d. l. ferè 153. ff. de reg. jur.* quasi ipse eo vocabulo docere velit, non semper in amittenda possessione requiri, ut utrumque in contrarium agatur: & illud verbum debeat etiam subintelligi in *d. l. quemadmodum 8.* uti malè post alios credit D. Franc. de Amaya lib. 2. *obser. jur. civ. cap. 3. n. 28.* ubi reprehendit Doctores, qui aliter *d. l. cum l. possideri 3. §. in amittenda*, conciliare conantur: nam in *d. l. ferè*, repetitè concepta illa vox in *versic. ut igitur nulla*, ponitur ad differentiam amittendæ possessionis rerum mobilium (excipiuntur se moventes, *d. l. possideri 3. §. Nervæ filius 13. de acq. poss.*) quia rerum mobilium neglecta custodia, quamvis alius eas nō invaleret, veteris possessionis generat interruptionem, *l. si rē 47 ff. de acq. poss.* & ut cognoscat, facilius amitti possessionem mobilium rerum, quàm immobilium. Cæterum id quod regulariter dicitur in *d. l. quemadmodum 8.* eodem modo in contrarium acto possessionem amitti, quo acquisita fuerat, hoc unum significat, quod sive possessionem animo amiserint, qui aliquando eam animo retinuerint, huic possessioni etià imputetur illa, quæ corpore, seu naturalem possessionem antea verè nō retinuerint: Dixi verè, ne cuique videatur hic nos diversa dicere ab his, quæ supra diximus: c. 5. nempe naturalem possessionem animo retineri possunt licet retineri videatur, non per se retinetur; sed præsumitur retineri in consequentiam civilis possessionis; etsi sola naturalis possessio est, ea creditur retineri, non verè retinetur: quia verum est, quod postquam discesserit possessor à fundo, eum non insistere naturaliter possessioni, seu detentationi, ut ex *l. si colonus*, ostendimus supradict. *cap.* Itaque separando animum à possessione civili; Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

separatum esse corpus quoque creditur: & ita utrumque in amittenda possessione propter separationem animi contingit. Sic verò animo non amiserunt possessionem; quandocumque revocent, & apprehendant iterum naturalem possessionem, neque unquam corpore eam amittisse creditur, *l. clam 6. §. 1. l. si id quod 25. §. quod autem 2. l. quamvis 46. ff. de acquir. possess. l. 1. §. interdum 23.* & hac ratione dicitur, animo solo retineri possessionem; ut scripsi supra *d. cap. 5. num. 6.* nam discessum nostrum; & redietum in ædes, vel in saltus nostros, vel in prædia nostra non minus per fictionem conjungere possumus, ut sic absentiam nostram occultemus, quàm in additione hæreditatis, quam ita continuamus cum testatoris morte, *l. heres 54. ff. de acquir. hered.* Sed meliùs quàm in exemplo ad hæreditatis possessio absentis possessoris, quæ dum possessor abijt, & redijt, continuari dicitur, comparatur militi, qui translatus ex uno numero ad alium, dum in itinere sit; quamvis tunc neutro in numero sit, potest tamen jure militari testari ut miles, *l. unicus §. ult. ff. de honor. poss. ex testam. milit.* rationem reddit ibi his verbis: *Est enim miles, quamvis in numeris non sit, quæ ratio rectè possessori accommodatur, est enim possessor; quamvis corpore in possessione non sit.* Rursus, quemadmodum patre ad tempus ordine morto, filium medio tempore conceptum atque editum, licet pater obierit, antequam in ordinem redierit, benignè admittitur quasi decurioni filium nascit: *l. qui ad tempus 2. §. sed si pater 3. ff. de decurion.* sic etiam in possessione medium illud tempus, quod à discessione possessionis naturalis est usque ad reditum ad eam, pro possessore reputatur.

Itaque certissimum est eos, qui solo animo possessionem retinuerunt, postquam corporaliter ad eam redierint, nunquam videri nec corpore quidem amittisse possessionem; nec ab ea discessisse. Nam si nullo domino subsistente, nihilominus animo, vel jure ipso dominum, seu hæreditas retineri fingi potest; æquali ratione dum animus revertendi ad ædes, vel prædia in possessore residet, possessionem adhuc eum retinere fingere debemus: si ut dominum permaneat; dominus qui non permanet, fingitur tamen supervenire, & permanere propter spem ejus reditus, vel successoris; quare ut possessio supervit, possessor qui non adest; fingi non potest, adesse facit. *l. si cum 41 §. ult. ff. de furt. l. cæptam 40. l. iusto errore 44. ff. de usufructu.* Sed dices: difficilius est fingere possessionem, quàm dominum, quia possessio facti est, *l. 1. §. Scævola 15 ff. si is, qui test. lib. esse iuss. erit;* & super facta fictiones cadere non possunt, *l. denique 19. ff. ex quib. cau. major. l. in bello 12. §. facti ff. de captiv. & postlim. revert.* & dominium juris est, de quo melius fingi potest. Fateor facilius fingi in dominio posse, sed tamen non nego in possessione etiam posse; quia illa non tantum corporis sed & juris est, *l. possessio 49. §. 1. ff. de acquir. possess.* & plurimum ex jure mutatur *dist. l. possessio in princip.* & ita in ea; & in possessore, qui corporaliter ab ea discessit; superest quicquam amplius; quàm in homine mortuo, cuius de hæreditate agimus; de qua possessione, & possessore fingere valeamus: sic possessio semel quæstra facilius conservatur; quàm amittitur; conferatur enim solo animo, §. *possidere 5. instituit. de interd. l. possideri 1. §. si servus 10. & §. sequent. l. clam 6. §. 1. l. qui universas 30. §. fin. ff. de acquir. possess. l. licet 4. c. eodem titul.* Et ut exemplis hæc confirmemus, sic riparum usus dicitur omnium communis; ripas verò ipsas singulorum esse; quorum agris finitima sunt, §. *riparum 4. instituit. de rer. divis.*

quia brevi latitudine fluminis, brevique riparum, & agrorum, quibus hærent distantia, brevique rectu ad donatorum intentionem facilis est eorum continuationis fictio. Sic dicitur si seipsum nocere mora rei in retinenda, seu perpetuanda contra eum obligatione, quæ jam quaerita est, *mora rei* 88. ff. de verb. obligat. in augenda verò non nocere, l. certum 8. ff. de eo, quod cert. loc. Sic dos, quam uxor viro dedit, licet eo voto ut semper apud maritum sit, etiam durante matrimonio dicitur uxoris esse propter spem ejus recipiendi, quamvis non utique omnibus casibus receptura sit, l. quamvis 70. ff. de jur. dot. l. dotale 21. ff. de manum.

9 Sic venditio inter virum, & uxorem donationis causa minoris facta, tota nullius momenti est; & tamen venditio, quæ ab initio valuit ante contractum matrimonium, vel post contractum, quia antea vendendi furit, & non donandi, non ideo delicti valere, quod venditor postea de pretio remiserit quicquid donationis causa, sed remissio tantum non valet, quatenus conjux donatarius locupletior factus est, si quis 38. ff. de contrah. empt. l. si sponsus 5. §. circa veritatem 5. l. sed si vir 31. §. si duo 3. & seq. l. cum hic status 32. §. si inter 2. & seq. ff. de donat. int. vir. & uxor. Sic qui prohibetur conducere quædam, inquit Martianus in l. decurio 4. ff. de decurionib. si iure successerit in conductionem, remanet in ea. Sic etiam dicitur, quod suscepta legatio à negotio ante susceptam legationem moto non excuset, sed concessum esse tantum, ut absens defendatur, à negotio tamen movendo post legationem excuset, ne legatus fungatur, aliove negotium ei injungatur, quam legationis ministerium, l. pen. ff. de legatione & valde in hanc rem expressa est, l. 1. §. 1. ff. de oper. public. Sic cæcus dicitur cæptum ante cæcitatem Magistratû retinere posse, quamvis ad novum aspirare penitus prohibeatur, l. 1. §. secundo loco 5. ff. de postul. Sic per procuratorem non semper acquirimus actiones, sed retinimus semper jam acquisitas, in l. per procuratorem 72. ff. de procur. Sic ea, quæ ex ædificio detracta sunt, ut reponantur, ædificij sunt, ut ait Ulpianus in l. fundi 17. §. pen. ff. de alt. empt. ea verò, quæ parata sunt, non sunt ædificij; & in §. ult. d. l. palii, qui vineæ causâ parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt. Sic in l. sep. §. 1. Javolenus statuit regulas, quæ nondum ædificijs impositæ sunt, quamvis tegendi gratiâ allatæ sint in ratas, & cæcis haberi, aliud juris esse in his, quæ detractæ sunt, ut iterum reponantur, ædibus enim accedunt. Sic qui ad munera vocantur, si propter liberos excusari desiderant, probare debent se habere vivorum liberorum numerum tempore, quo excusantur, ut Ulpianus tradit in l. sextum decimâ 2. §. qui ad munera 3. ff. de vacation. & excusat. muner. quia numerus liberorum postea impletus à susceptis antea muneribus non liberat. Sic nonnullæ tutelæ excusationes à suscepta jam administratione non excusant, quæ à suscipienda noviter valent excusare, §. item qui reipublica 2. & §. seq. in l. tit. de excusat. tutor. Sic etiam dicitur in quæstionibus nominatis capitalium criminum ad novos honores ante causam finitam admitti non oportere: ceterum dignitatem pristinam interim retinere, l. libertus 17. §. in quæstionibus 12. ff. ad municipal.

10 Sic etiam Calistratus in l. semper 5. §. hoc circa 7. ff. de jur. immu. hoc circa vacationes, (inquit,) dicens, ut si ante quis ad munera municipalia vocatus sit, quam negotiari inceperit, vel antequam in collegium assumeretur, quod immunitatem parat, vel antequam septuagenarius fieret, vel an-

tequam publicè neciteretur, compellatur ad honorem gerendum. Sic etiam ostia vitæ testamentum jure militari facere non potest, & tamen quod in militia fecerit potest nullatenus ad annum quoque eodem jure durat, l. ejus militis 34. §. 1. ff. de testam. milit. Sic nec furiosus, nec furiosa matrimonium contrahere possunt, sed antea contractum superveniente furore non tollitur, Paul. lib. 2. sentent. tit. 19. sentent. nec furiosus, & in l. oratione 16. §. fin. ff. de rit. nupt. l. pater furiosus 8. ff. de his, qui sunt. sui vel alien. jur. Sic duobus liberis controversia facta, quasi non sint ex liberis, quorum unus ab initio controversiæ pubes sit, alter impubes; puberi non datur Carboniana, nec differtur controversia pro ejus parte: si verò uterque ab initio impubes sit, & unus eorum inter moras judicij pubuerit, neuti fuitur Carboniana l. Carbonianum 3. §. puberi 3. & §. ibidem 8. ff. de Carbonian. edit. Paul. lib. 3. sentent. tit. 1. Sic si navim stipulatori promissam dominus dissolverit, nulla navis in rei veritate est: si verò eisdem tabulis compergit, teneri te ait Papinianus, quia hæc eadem navis est, l. qui res 98. §. fin. vers. sic, nec simili. ff. de solut. Sic si is, qui Stichem dari sibi stipulatus fuerat, hæres extiterit ei, cui etiam idem Stichus ex testamento debebatur, si ex testamento agat, non extinguitur actio ex stipula: & è contra: nam licet duæ lucrative causæ in una, eademque persona de eadem re concurrere non possint; tamen à principio in diversis personis rectè contractæ, si postea pervenerint in unam, omnino durant. l. si is qui 18. ff. de obligation. & action. Sic legatum debiti puri creditorum relictum non valere aiunt ex §. ex contrario 13. in §. de legat. (vide tamen quæ de hoc legato scripti supra l. 1. cap. 8.) si tamen testator quod sub conditione, vel in diem debebat, purè legaverit, quamvis vivente testatore dies venerit, aut conditio extiterit, ex post facto non fit irritum, quod à principio semel constituit, l. verbis 5. ff. ad leg. Falcid. dicit. §. ex contrario. Sic etiam in possessione qui semel rectè animo, & corpore nascitur, facilius conservatur, quam acquiritur, vel amittitur: & licet possessor absit à fundo, dum tamen eo animo sit, ut illum possidere velit, simulque possit; non solum civilis, sed etiam naturalis possessio sustinetur. Ergo rectè etiam docuitur, animo, & corpore possessionem amitti, non solum tunc, quando animo solo ea retinetur, sed etiam tunc, quando corpore tenetur, & possessor in fundo sit eo animo, ut possidere nolit, uti docetur in d. §. in amittenda 6. & demonstravimus supra n. 6.

Ex his consequenter deducimus, quod per eosdem modos amittatur possessio, per quos acquiritur suadente id vulgari illa regulâ, quod nihil tam naturale sit, quam unumquodque dissolui eo modo, quo colligatum est in contrarium acto, l. nihil 55. l. ferè 153. ff. de regulis juris. Unde provenit, quod si rem, quæ mihi tradita sit, alij tradiderim, & contempserim possessionem, nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus tradendo rem, vel ejus possessionem amittendo, aut vi dejecti fuerimus d. l. possideri 3. §. si quis 82. eod. tit. circa quam rem elegans est Papin. in l. si id quod 25. §. quod autem 2. d. tit. quod autem (inquit) solo animo possidemus quaeritur utrum, & usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit ut potior sit illius corporalis possessio: an verò (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec evertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicamur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem, & videtur utilius esse. Hæc quæ diximus de rebus immobilibus accipienda sunt.

de 46. in princ. & §. 1. eod. tit. si de eo fundo, quem cum possiderem, pignori tibi dedi, servus tuus te deiciat; adhuc te possidere ait: quoniam nihilominus per ipsum servum possessionem retineas, si forte colonus, per quem dominus possideat, decesserit, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio retineretur, & continuaretur; quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem adipisci neglexerit: aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Sed hæc ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni permanserit.

11 Quibus sic explicatis, ut Papinianus ait l. peregre 44. §. fin. ff. de acquir. possess. cum de amittenda possessione queratur, multum interesse dicam, per nosmetipsos, an per alios possiderimus: nam ejus quidem, quod corpore nostro tenemus; possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissimus, ne possideremus: ejus verò, quod servi, vel etiam coloni corpore possideatur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuerit, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. Imperator etiam Justinianus ut colonorum, conductorum, & similibus, per quos possidemus, perfidia obviari iuret, quæ minorum suorum possessionem alienare sæpè conentur, singulari sanctione, in l. si. C. de acquir. poss. cavit, ut si servus, si procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter, male possessionem cujusvisque rei dereliquerit, vel alij prodiderit, de seipso forte vel dolo, ut locus aperiret alij, eandem possessionem de inere nihil penitus domino præjudicij generetur; ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat: sed & ipse, si libera conditionis est, competentibus actionibus subvertatur, omni jactura restituenda ab eo domino rei, vel ei, circa quem negligenter, vel dolo versatus est, nisi forte ipse ipsius domini culpa intercesserit, &c. Ernestus Corthmannus cons. 20. num. 43. & seq. Ratio verò superiorum, quæ ex Papiniano didicimus, hæc est: quasi animus ejus, per quem possidemus, quivè nostro nomine possidet, pars nostri animi sit, jus possessio pars nostre possessionis, l. qui à servo 16. de obligat. & action. l. qui pignoris 36. in fin. cum l. seq. ff. de acquir. possess.

12 Ulterius, si quis etiam nos deicere conetur, non tamen prius à possessione dejecti vedebimur, quam & animo ab ea discesserimus, aut accedere ad eam non valeamus; id est possidendi animum in acta ponere non possimus, vel accedere nolimus. Hinc si quis ad nundinas profectus neminem in fundo reliquerit, & dum ille à nundinis, reddit, alius occupaverit possessionem; tamen retinet eam is, qui ad nundinas abiit donec reversus, vel non admittus fuerit, vel nolit in fundum reverti ex eo, quod ad vim majorem vereatur, text in l. l. l. 6. §. 1. & l. seq. ff. de acquir. possess. Itaque si quis nuntiet domum à latronibus occupatam, & dominus timore conterritus noluerit ad eam accedere, amissæ ejus possessionem placet, d. l. possideri 3. §. si quis 82. eod. tit. circa quam rem elegans est Papin. in l. si id quod 25. §. quod autem 2. d. tit. quod autem (inquit) solo animo possidemus quaeritur utrum, & usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit ut potior sit illius corporalis possessio: an verò (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec evertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicamur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem, & videtur utilius esse. Hæc quæ diximus de rebus immobilibus accipienda sunt.

13 Rerum enim mobilium possessio facilius amittitur Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

titur: res liquidem mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sunt, eatenus possidemus, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus: nam pecus (ut Narva ait in d. l. possideri 3. §. Narva filius 13. ff. de acquir. poss.) simul utque aberraverit, aut vas sciderit, ut non invenitur, protinus desinere à nobis possideri, licet nullus alius ejus possessionem adhuc nanciscatur; dissimiliter atque si sub custodia mea sit, neque invenitur, quia presentia ejus si & tantum cesset interim diligens inquisitio, id est res mobiles hæcenus possidemus, quatenus sub custodia nostra sunt, eamque apprehensionem quandoque possimus nanciscantur: si pecus ita aberraverit, vel vas sciderit, ut non reperitur, protinus amittimus possessionem, quamvis alia est ratio, si res adhuc sub custodia mea sit, eoque presentia sit, licet statim non invenitur; non ex eo, quod deperdit sit sed ex eo, quod interim cessat diligens inquisitio, ita Mindan. de acquir. poss. cap. 1. num. 63.

Desino etiam possidere eum locum, quem flu. 13 men, aut mare occupat d. l. possideri 3. §. Labeo 17. nam ubi non potest naturaliter rei insisti, amittitur possessio, ibidem §. ex contrario; & per fluminis, vel maris occupationem res in eum casum incidit, à quo incipere non potest, l. pluribus 140. §. est placet 20. ff. de ve b. obl. quod aded verò est, ut per inundationem amittamus tantum civilem, quæ naturalem possessionem; & id nobis tā sciencibus quam ignorantibus contingat, cum isto casu possessio retineri non possit, sed ipso facto, & impetu naturæ extinguitur: in tantum ut nec per piscationem fundi inundati, possessionem, vel fructus retinere valeamus, l. si ager 23. ff. quib. mod. usufr. amittat. Et licet hoc generaliter, & nullâ adhibita distinctione sumatur à Donello l. 5. comm. jur. civil. c. 12. & Giphani in d. l. 3. §. Labeo, & in l. Atius 38. ff. de acq. rer. domin. & sic indistinctè accipiendum esse censeant; tamen Osvald. d. lib. 5. ad Donel. d. c. lite. C. id non debere intelligi de inundatione agrî momentaneâ, quæ multoties fit cretaente flumine; nam illa sæpè utilis est ad irrigationem agrorum, ut exundatio Nilî animadvertaria, de quæ præter eos, quos adducit Osvald. d. loc. plurima doctissimè excogitata scripsit D. Frideric. de Amaya lib. 3. observat. c. 4. in com. insigni. quod fecit ad leg. unic. C. de Nilî agerib. aggerib. non corrumpend. Supradictam Osvaldi distinctionem probat Frideric. Mindan. de acq. poss. d. c. 1. num. 64. licens, quod si modica sit inundatio, quæ facile sit revertenda, vel quæ omnem possessionem, eoque recuperanda, vel retinenda affectionem, & potestatem non elidat, non interrumpatur possessio fundi inundati, ita Glossa, Jason. Bald. Arcet. & alij in d. §. Labeo. Sebastian. de Medic. de amittenda poss. 149. Unde etiam in piscinis stagnis, fossis, aut lacubus nostris possessionem retinemus, ut docet idem Mind. d. loc. Rationes verò Giphani, contrariæ sententiæ Authoris, Osvaldus referens, hæc addidit: Giphanius, cujus opinio dura, & parum æqua, ac tuta; nam passim in jurè brevioris temporis nulla habetur ratio, l. 3. §. de ritu nuptiar. l. 31. de jur. dot. l. 32. §. 1. de donat. int. vir. & uxor. l. 3. de divort. l. 48. de regul. jur. etiam quoad possessionem, l. non videtur. Neque obstat generalitatis textuum, quæ enim brevissimo tempore manet inundatio, nec pro tali habenda est: & d. l. 23. æquè generaliter dicit, proprietatem per eam amitti, cum tamen regula contraria habeatur in §. 24. in fin. de rer. divort. Neque resistit ratio Giphani; quidni enim animo possideat, qui sperat aquâ mox obsecurâ, si eventus spe non frustretur & c. cui sententiæ & ego assentior ex ratione, si quis ita 8. ff. de cond. & dem. quia non omnè

- 6 *Quo iure n. mi. e. possideo, possum alieno nomine possidere.*
- 6 *Su. e. tribus dicitur confidencio l. 20. de acquir. possell.*
- Obiectio, que ex ea fit, dissolvitur & ratio differentie traditur.*
- 7 **L. 1. §. 4. l. 21. §. 1. l. 44. & 49. §. 1. de acquir. possellion, l. 19. ex quibus causis major. l. 2. §. 1. de hered. instit. l. 15. de usufructu. l. 2. §. 1. de captiv. & postlim. revers. l. 31. §. fin. de action. empt. explicantur, & inter se conciliantur.**
- Omnia vera possessio juris, & facti habet participationem.*
- Quomodo dicatur possessio meri facti?*
- 8 **Componuntur inter se l. 12. §. 1. l. penultim. de acquir. possellion. & l. 8. Codice eodem tit. ul.**
- Asignantur casus, in quibus nihil commune habet possessio cum proprietate.*
- Pendente iudicio vindicationis potest actor ad possessionem iudicium transire.*
- Possessio amittitur statim, quo quis constituat noile possides dominium non item.*
- 9 **Dominium ipso iure transit ad heredem, vel legatarium; possessio non nisi apprehensione.**
- In quo conveniant possessio, & proprietate, traditur.*
- Quid significent verba ab alio possidere, pro heredem, vel pro possessore possidere, demonstratur.*
- Explicantur l. 3. ff. uti possidetis l. 3. §. 2. 1. de acquir. possell. l. 11. in princ. & §. 1. l. 2. §. 3. §. 5. & 16. de hered. petit.*

Possessio multis modis probari potest: & ut quod generalius est, proprius & specialius cognoscatur 3 primò notandum est, ejus probationem tot modis fieri posse, quibus ipsam possessionem acquiri diximus: idque ita receptum est in rerum omnium possessionis probatione: probato enim modo acquirendæ rei, vel possessionis, ipsum etiam dominium, vel ipsa possessio probata intelligitur, ut attestatur Petrus Frideric. Mindan. *de acquir. poss. cap. 12. num. 1.*

Huic generali probationis modo alia etiam genera probationis adjiciuntur, qualis est ipsius instantiæ, quæ rei instimus, eamque tenemus, l. 1. §. 1. de acq. poss. & tot. tit. C. eod. l. stipulatio ista 38. §. hac quoque 7. ff. de verb. oblig. & maximè existentia, atque usus possessionem probant, cum & eam definiant sic: actus insistendi, eundi, agendi, habendi, &c. probant possessionem. Mascard. *de probat. conclus. 1179. & 1187.* Fructuum perceptione probatur etiam possessio: qui enim fructus ex fundo percipisse probatur, idem, & possidere existimatur, per l. Titia 43. ff. de solutio. l. Pomponius 29. ff. quib. mod. usufr. amittat. licet 20. C. de agricol. & constit. lib. 1. tit. 47. Menoch. *retinend. poss. rem. 3. num. 546.* & quoad hoc genus probationis nihil interest, an nosmetipsi perceperimus fructus, an nomine nostro percipisset alius, ut rectè notat ibidem Menoch. *num. 565.* Mascard. *de probat. conclus. 1183.* quod eatenus possidere putat Frideric. Mindan. *d. loc. num. 3.* nisi pignoris fortè, vel hypothecæ gratiâ fructus percipiuntur, &c. Et sic possessionis causa terminanda est, ut tam proprietario, quam fructuariis, vel aliis quibuscumque possessoribus sua singularis jura salva subsistant secundum ea, quæ diximus supra cap. 5. agentes de variis possessoribus, qui suo

nomine, sibi que possident, licet non affectione domini possideant. Deinde agorum cultura possessionem probat: qui enim arat, agrum coluisse, idem, & se possidere legitime probat, l. si duo 3. §. item videmus in p. si uni possid. gloss. in l. si quis verbo finitur, & ibi Bald. *in fin. regund.* ubi hoc probationis genus naturale esse ait, & procedere etiam de re dicitibus non conset Bartol. in l. minus 2. & ibi in additionib. Alex. C. *de acq. poss.* Menoch. *dicit. rem. n. 565.* Præterea probatur possessio perceptione pensionum, sive quaratur de reddituum, sive locacionis pensione: ratio est quia nemo solet redditus, vel pensiones percipere, nisi qui sit in possessione, vel etiam rerum, ex quibus præstantur, secundum ea, quæ de fructuum perceptione diximus supra hoc lib. cap. 8. nam fructus loco pensionis habentur, l. defuncta 58. ff. de usufr. lex conducto 15. §. Papinianus aliàs si uno anno ff. locati, l. mercedes 20. ff. de hered. petit. l. usura 34. ff. de usufr. l. si navis 62. ff. de rei vindicat. l. cum servus 19. §. 1. ff. de legat. 1. nam generaliter fructuum nomine comprehenduntur omnes redditus, qui ex re quacumque, & quomodocumque percipiuntur, l. usufructus 7. in princ. & §. 1. ff. de usufr. Donel. *lib. 20. comm. jur. civ. cap. 5.* Menoch. *d. rem. num. 567.* ubi ad probationem possessionis ait sufficere, si unica pensionis solutio probetur Mascard. *conclus. 1180.* quod intelligi debet, nisi extra causam possessionis pensiones ex alio titulo, puta in solutum percipiuntur; nam tunc exactio pensionum probationem possessionis non inducit, ut monet Mindan. *d. cap. 12. n. 5.*

Qui rem locare, alienare, vel liberè de ea disporre potest, etiam possidere videtur, argum. l. pen. §. 1. ff. de acquir. possell. quamvis ex sola locacione possessionem non probari dicant capto argumento ex textu in cap. inter dilectos de fid. injurim. Lanfranc. in rubric. *de cau. possell. & proprietate.* Afflict. *decis. 3. §. num. 1.* Menoch. *dicit. rem. num. 561.* quod valeat, si contrarium possessionis probetur: nam aliàs locacionem esse commodum possessionis probat Frideric. Mindan. *de acquir. possell. dicit. cap. 12. num. 6.* Ex solutione, & exactioe collectæ probatur possessio, vel quasi possessio collectandi. Menoch. *ibi dem num. 568.* Et quibuscumque aliis actibus possessionis possessio probatur, sicut per lignorum incisiones, veluarum pastiones, exercitia venandi, conducendi, &c. probatur jus venandi, lignandi, pascendi, salui conductus, per l. fructus 7. §. si fundum 12. ff. de solut. l. minus 1. Cod. de acquir. possell. l. arboribus 12. ff. de usufructu Mascard. *de probat. conclus. 1189.* quem sequitur Frideric. Mindan. *dicit. loc. num. 7. & 8.* Denique probatur possessio quibuscumque aliis communibus probationum speciebus, veluti per rem iudicatam, instrumenta; famam, testes, &c. Et circa probationem testibus faciendam quidam asseverant, testibus singularibus rectè possessionem probari, ut gloss. Bartol. & alij in l. ob carmen 21. §. fin. ff. de testib. Bald. in l. 1. Cod. de restam. Vvesembach. in paratit. l. ad tit. ff. de acquiren. possell. num. 6. quidam verò hoc negant, ut Ripa in l. si constante 24. ff. de solut. *matrim. num. 17.* Pinel. in l. 2. Cod. de rest. *vendit. part. 3. cap. 4. & fin. numer. 27.* quas duas oppositas opiniones sic conciliat Petrus Frideric. Mindan. ubi proximè, quod in momentario possessorio, de quo egimus supra à hoc lib. cap. 7. n. 1. testes singulares in dubio admittantur, secus verò in plenario: & hæc de probatione possessionis.

Nunc discutiendum est, quomodo consistere sine oppositione possunt hæc duæ propositiones: prima est,

est, quod ex pluribus quidem causis possidere quis possit. secunda, neminem sibi ipsi possessionis causam mutare posse: nam si mutare causam possessionis quis non potest, quomodo permittitur ex pluribus causis possideri? Sed utramque propositionem veram esse dubitare non possumus: primæ enim propositionis præceptor extitit Paulus, in l. possideri 3. §. ex pluribus 4. ff. de acquir. possell. ibi: *ex pluribus causis possidere eandem rem possimus, ut quidam putant; & eum, qui usufructu peremptore, & pro suo possidere: sic enim est ei, qui pro emptore possidebat, hæres suo; eandem rem & pro emptore, & pro heredem possideo: neque enim si quis dominium non potest nisi ex una causa contingere, ita & possidere ex una duntaxat causâ possumus.*

Alteræ propositio frequentius apud Jurisconsultos refertur: apud Paulum in dicit. l. possideri 3. §. illud 19. ibi: *Illud quoque à veteribus præceptum est, neminem sibi ipsam causam possessionis mutare posse.* Apud Celsum in l. quod meo 18. ibi: *Nec multo mihi causam possessionis, sed desino possidere: l. qui bona fide 19. §. 1. ibi: Quod scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis esse mutare ff. de acquir. possell. l. cum nemo 5. C. eod. tit. ibi: Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, l. certe 6. §. Julianus 30. ff. precar. ibi: Neque existimare sibi ipsi causam possessionis mutare, l. non solum 33. §. 1. ff. de usufructu. ibi: Quod vulgò respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse. l. qui legatorum 2. §. 1. ff. pro hered. ibi quod vulgò respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse. Quæ propositio cum nimia obscuritate in glossa explicetur, illa melius & apertius explicanda est ex dicit. l. qui bona fide 19. §. 1. ait ibi Marcellus: *quod scriptum est apud veteres, neminem sibi possessionis causam posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui & corpore & animo possessioni incumbens, hoc solum statuit, ut alia ex causa possideret, quam ex qua possidet, non si quis ex dimissa possessione prima ejusdem rei denovo ex alia causa possessionem nancisci velit: ratioque hujus rei expressissima est, quod res facti, qualis est possessio, & quatenus facti est, jure civili, & solâ animi destinatione mutari non potest, ut ait Consultus in l. 1. §. si vir, 4. ff. de acquir. possell. animi enim solâ destinatione veritas rei non potest mutari. Unde etiam provenit, quod nemo possessionem improbam commutare possit in possessionem justam, vel è contra: neque facere, ut possessionem: quam habet ex sequestro, habeat ex empto: & sic de cæteris possidendi causis, Cæterum, si dimiseris primam possessionem, & ex alia causa iterum possidere poteris: quemadmodum & quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere dicit. l. quod meo 18.**

Sed obijcies: si quis alieno nomine possideat, domini sui possessionem intervertere potest, & incipere sibi possidere, l. si quis 20. ff. de acquir. possell. ergo saltem in hoc casu sibi ipsi quis causam possessionis mutare potest. Sed facile responderetur negando consequentiam, & præhendo disparitatem: nam supradicti textus loquuntur de eo, qui cum sibi possideret ex una causa, voluit eandem possessionem nuvero retinendo diversam ei causam adaptare, ut explicat, & fieri non posse docet Marcellus in dicit. l. qui bona 19. §. 1. in ea vero, l. si quis statuitur de eo, qui non possideret sibi, sed alij non suo, sed alieno nomine: & voluit sibi magis, quam alij possidere: tuncque non mutat causam posses-

sionis, quia nullam antea habere potuit is, qui non possidebat: ergo non mutavit causam; sed novam licet non justam, sibi possidendi contrectatione introduxit. Unde facilem conciliationem accipiunt supradicti textus cum l. possideri 3. §. ex pluribus 4. ff. de acquir. possell. nam hic §. intelligendus est de eo, qui cum ex una causa possideret, sibi ipso eam retentâ eadem possessione mutare non potest, ut declaratur in dicit. l. qui bona fide §. 1. si verò non ipse sibi causam mutaverit, sed in causam, quæ rectè in alio concepta erat, vel ex accidente incidit, ut loquitur licet ad aliud propositum Papijvanus in l. ultim. Digestis rem pupil. salu. for. rectè tunc dicitur ex pluribus causis eam possidere: neque eo casu mutat causam possidendi, quia id contingit per consequentiam alterius facti, ex quo diversitas causarum possidendi resultat: & sic concilianda sunt supradicta jura.

Concilianda sunt etiam aliâ prudentum responsa, quæ decernere diversa, seu (ut melius dicam) contraria videntur: nam possessionem facti, non juris esse statuitur in l. 1. §. si vir uxori 4. ff. de acquir. possell. ibi: *quoniam res facti infirmari jure civili non potest, & in l. denique ff. ex quib. caus. major. possessionem plurimum facti habere dicitur: & quod illa tota facti sit, ex eo probatè videtur, quod captivo dum apud hostes est, omnia jura in suspensio retinentur, & non abrumpuntur, l. illa instimus 31. §. 1. ff. de hered. instit. at possessio non retinetur, sed captivitate interruptitur, dicit. l. denique cum hædes 23. §. 1. ff. de acquir. possell. l. si is qui pro emptore 13. ff. de usucapion. l. in bello 12. §. facti 2. ff. de captiv. & postlim. revers. & ad comprobationem hujus propositionis plura argumenta conficit D. D. Melchior. de Valentia illustr. tract. 2. cap. 2. num. 31. & seqq. usque ad n. 37. Sed his non obstantibus Papijvanus in l. possessio 49. §. 1. ff. de acquir. possell. ait, quod possessio non tam corporis, sed & juris sit; ut etiam jus possessionis dicitur in l. peregre 44. dicit. tit. l. si ea res 51. §. fin. ff. de action. empt. l. nemo 10. ff. de acquir. possell. ut diximus etiam supra, abundè hoc lib. cap. 2. num. 8. usque ad fin. cap. Breviter tamen hæc componenda sunt, & omittis plurium conciliationibus, quas enumerat, & improbat Valentia dicit. loc. num. 39. & etiam illâ, quam ipse recipit ex Antonio Fabio, & sequitur, sic respondendum est: omnis vera possessio juris, & facti participationem habet, quia juri civiliter, & ipsi rei naturaliter incumbimus; vide etiam Cujacium, qui lib. 17. obseru. cap. 24. naturalem possessionem multum juris habere docet. Deinde possessio est meri facti quatenus rei naturaliter, vel etiam civiliter ipso facto incumbimus, ut tradit Frideric. Mindan. *de acquir. possell. cap. 13.* & nos docuimus supra dicit. cap. 2. & seqq. passim.*

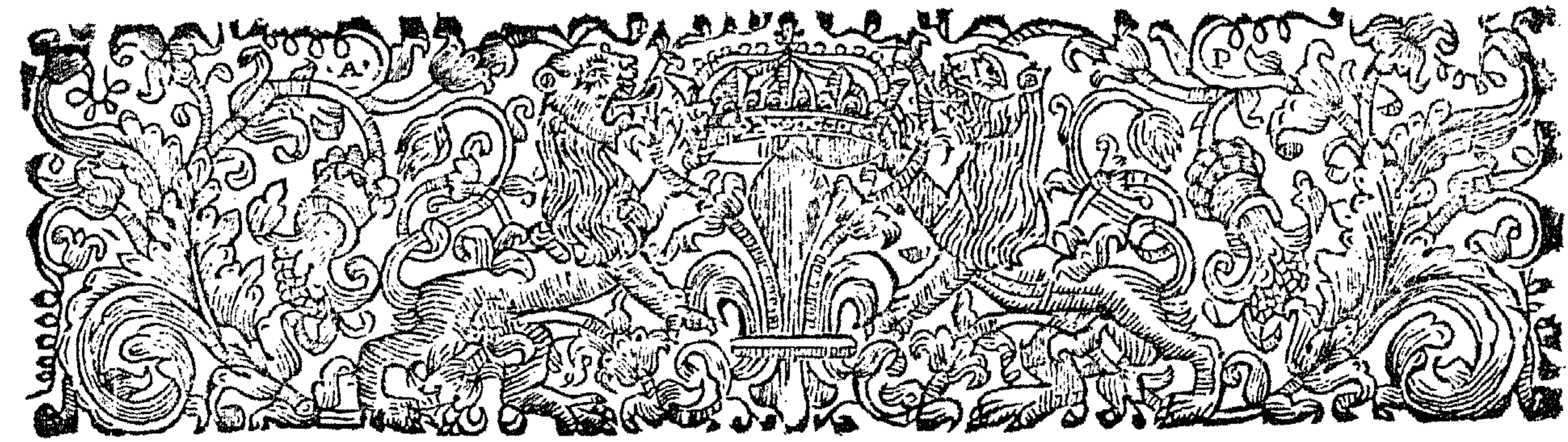
Ulpianus in l. naturaliter 12. §. 1. ff. de acquir. possell. nihil commune habere possessionem cum proprietate tradit: & Venulejus in l. permisceri per. separandam esse possessionem à proprietate, & usufructu: at Imperatores diversi statuunt in l. procuratorem 8. C. eod. tit. ibi, *per procuratorem nitalitatis causa possessionem, etsi proprietate ab hac separari non possit, dominium etiam quæri placuit;* quibus verbis docent possessionem non posse à proprietate separari: quod supradictis legibus ex diametro obstat. Sed respondendum est, proprietatem cum possessione nihil habere commune ratione substantiæ, & definitionis, dominium enim est jus de re corporali statuendi l. in re 21. C. manâ

dant, nisi si quid jure prohibeatur. Donel. lib. 9. *comm. cap. 8. Aiciat. in l. si quis 17. ff. de acquir. poss.* & possessio ex corporalis rei detentio animo possidendi conjuncta, ut definimus *supradict. c. 2. num. 4.* Ulterius nihil habent commune; & separanda sunt in eo, quod non obstante rei vindicatione, qua uti potes, vel uti coeperis, etiam remediis possessoris uti, & ad ea præjudicialiter confugere possis *dict. l. naturaliter, §. 1.* Unde si coeperis rei vindicatione uti, & experiri, ignorans fortè quoddam possessorem judicium intentare posses; sanè eo cognito, mutatà formà, & dilato judicio vindicationis, ex interdicto retinendæ, vel recuperandæ agere poteris, Cujac. lib. 7. *observat. cap. 38. Socinus regula 124. Gothofred. in dict. §. 1. Mindan. dist. capite 12. num. 14.* Diversitas alia etiam est, quod dominum nihilominus ejus maneat, qui dominus esse non vult: possessio verò amittatur eo ipso, quod quis constituerit se nolle possidere, *l. si quis 17. §. 1. de acquir. possessio. secundum ea, quæ scripsimus capite super. num. 5. & seqq.*

9 Ulterius, dominium & jus omnes hæreditatis ipso jure transit in hæredem, & legatarios, *l. legatum 80. de legat. 2.* possessio verò nisi apprehendatur non transfertur, *l. qui universas 30. §. quod per colonos 5. ff. de acquir. possess.* Et licet quidam credant, possessionem etiam ipse jure transferri, ea sententia accipi debet, ut nos explicuimus *hoc lib. c. 12. n. 15.* scilicet si statuto, vel consuetudine, aut lege introductum fuerit, ut possessio etiam in hærede continueretur: vel si mavis, ut intelligatur, quando hæres sit in ædibus vel domo vel arce, ubi defunctus habitare solebat: &

sic ipso facto continuatur corpore, atque animo omnium rerum possit per continentiam causæ ut tradit Mindan. *ibid. num. 17.* His verificatur sententia Ulpiani in *dict. l. naturaliter 12. §. 1.* dicentis nihil commune habere possessionem cum proprietate. At non verò possessio, & proprietas multum commune habent ratione acquisitionis, quia in utraque necessaria est apprehensio, ut tradidimus *suprà dict. cap. 12. ex l. 1. §. 1. ff. de acquir. possess.* nec præterea separandæ sunt, cum utilitatis causa id suadeat, ut etiam ostendimus *suprà hoc lib. cap. 4. num. 9.*

Idem Fridericus Mindanus *num. 18.* notandam esse hanc phrasim *ab alio possidere, pro hærede, vel pro possessore possidere,* docet: nam ab eo possidere dicimur, à quo possessionem nacti sumus; justè, vel injustè eam acquiramus, nihil refert, *l. si duo 3. 3. ff. nisi possidetis.* Pro hærede, pro emptore &c. dicitur is possidere, qui rem ex hæreditate, vel ex empto &c. ad se pertinere putat, *l. possidere 3. §. genera 21. ff. de acquir. possess.* alioquè magis idoneum possessorem ignorat: unde bonæ fidei possessor esse dicitur, & ejus jure, & beneficiis utitur, *l. pro hærede 11. ff. de petit. hæred.* Pro possessore verò ille creditur possidere, qui prædo est: qui cum sciret ad se bona non pertinere tamen ea invasit, & nonnullo comitante justo jure occupavit: vel ille, qui malâ fide possidet, *d. l. pro hærede. §. 1. sed et si 25. §. quod autem 3. §. de eo 5. & §. quod autem 16. ff. eod. tit. de quibus videnda sunt quæ scripsimus *suprà hoc lib. cap. 6. num. 12.* Et his absolutus manet tractatus de acquirenda, vel amittenda possessione, multis, & singularibus cogitationibus, ni fallor, illustratus,*



DE APICIBUS JURIS CIVILIS Liber Quintus.

VARIETATE LEGUM, ET EARUM
Interpretationum singularitate condecoratus.

CAPUT PRIMUM.

Explicatur difficilis textus in *l. cum tabulis 16. §. quoniam 1. ff. de his, quæ ut indign. auferunt.*

S U M M A R I U M.

- 1 Difficultas dict. §. quoniam uti maxima commendatur. Referuntur aliqui Doctores subtilissimi, qui hunc §. ex præfesso explicarunt.
- 2 Concubina patroni non potest esse alterius concubina. Quare id ita receptum fuerit ex *l. 1. de concub. docetur, eaque explicatur.* In dict. §. quoniam quid speciale habeat illud non patroni, demonstratur. Liberta potest ex justa causa recusare concubinitum patroni. In dict. §. quoniam quem sensum habeant verba: ejus, qui concubinam habuit, docetur. Quando liberta sine stupro dari possit in concubinam alteri, qui non sit patronus? Concubinam uxoris loco haberi, & ab ea nisi dignitate non differri ostenditur. Nemo eodem tempore duas uxores, dua sponsalia, neque duas concubinas habere potest. Sine causa non potest liberta recusare concubinitum patroni. Huic sententia contrarius sensus Larreategui reprobatur.
- 3 Redditur nova interpretatio in dict. §. quoniam ad versic. quod testamento relictum est. Quæ vita honestæ erat, non potuit sine stupro cognosci, *l. 4. de concubin.* Adducuntur *l. 14. de his, quæ ut indign. aufer.* *l. 3. §. 1. l. 32. §. fin. de donat. inter vir. & uxor.*

17. ad leg. Jul. de adulter. l. 27. de usu, & habitat. l. 4. C. de incest. nupt.
4 Qualis fuerit questio, §. quoniam, ostenditur. An iure Digestorum vulgo quasi parentibus suis hæredes esse ponerint? De tacito fideicommissio nullum verbum esse in dict. §. quoniam, ostenditur. Pars hæreditatis filie Ruffina relicta cui competat, & quo jure, traditur. Quid significent in dict. §. verba illa, pleno honore dilexerat, demonstratur. Alexandri Scoti interpretatio ad d. §. quoniam rejicitur.

PAPINIANI acutissimi viri responsum, quod stat in *l. cum tabulis 16. §. quoniam 1. ff. de his, quæ ut indign. aufer.* aded difficillimum visum est omnibus Interpretibus, ut vix quicquam reperiat, qui ejus implicata verba, & valde profundam mentem non horruerit: illud ex præfesso explicare intenderunt Anton. Fab. *l. 3. conjectur. cap. 1. 4. ad quem locum nos remittit in jurisp. Papin. tit. 9. princip. illat. 18. Pinel. lib. 2. sect. 1. cap. 18. num. 5. & 6. Schifordeger. lib. 3. tract. 25. quest. 4. Cujac. lib. 5. observat. cap. 6. & lib. 8. respons. Papin. in præsentia & obiter lib. 3. quest. Papin. in *l. munitorem 14. ff. eod. tit. & l. 12. respon. Papin. in l. donationes 31. ff. de donat. & novissimè vir doctissimus, & ingeniosissimus D. D. Martin. de Larrea tegui lib. 8. selectar. jur. disputat. cap. 5. à quo plurima noviter excogitata didicimus: quibus si aliqua, quæ, meo videri, defunt, scilicet adjiciamus, perfectum nos assequutos fuisse intellectum Papiniani absque pudore fatebitur. Itaque præsuppositis his, quæ Larreategui supponit, brevis, & palmaria hujus §. explicatio hæc est.**

Ea quæ est patroni concubina, alterius concubina esse non potest; alioquin stuprum committeret *l. 1. ff. de concubin.* quod tributum est reverentiæ patronorum:

tionem : & ea ratione in d. . quoniam , dicitur *recusari* , quia liberta potest recusare concubinatum patroni , si postea recusandi causam habuerit : iusta vero recusat. si causa est , patronum , cuius concubinatum liberta tenet , aliam concubinam habere , ut dicitur habuisse in dicit. §. quoniam , his verbis : *Patroni , qui concubinam habuit* ; qui verficulus sumendus est de patrono habente aliam concubinam ; & ideo liberta sine stupro datur in concubinam alteri , qui non est patronus , & iuste tunc patroni concubinatum refugit , ratio est , quia concubina uxoris loco habetur , *lib. 6. C. de natura lib. liber.* & ab uxore non differat nisi dignitate , *litem legato 49. §. parvi 3. ff. de legat. 3. l. donationes 31. ff. de donat.* Anton. Fab. in *jurisprud. Papinian.* tit. 9. princip. . *Mat. princip. 5. illat. 20. & princip. 5. illat. 20* & ita sicut non poterat quis eodem tempore duas uxores habere , *litem qui 18. C. ad leg. Jul. de adulter. l. neminem 2. C. de incest. nupt.* imò nec bina sponsalia , *l. 1. in fin. l. quid ergo 13. §. 1. de his , qui notant. l. fam. §. affinitatis 6. institut. de nupt.* ita neque duas concubinas habere poterit *novell. 18. cap. consi. de veris 5. versicul. si in vni.* Anton. Fab. in *jurisprud. Papinian.* dicit. tit. 9. princip. 3. illat. 20. Cujac. *lib. 11. respons. Papinian. in l. ex ea parte 12. §. 1. ff. de verborum obligation.* Absolutè verò , hoc est si ne causa neque à principio poterat liberta concubinatum patroni recusare (licet Larreategui dicit. loc. num. 6. contrarium putat) quod quidem probat aperte ratio illa , quam Ulpianus reddit , in dicit. l. 1. ff. de concubin. ibi : *Quippe cum honestas sit patrono libertam concubinam , quam matrem familiam habere* : Cum enim totum hoc , nempe ut possint patroni sine crimine , & periculo stupri habere libertam concubinam , tributum sit reverentiæ patronali , ut ipse Larreategui fatetur *num. 3.* & reverentiæ ratio à principio idem , quod ex post facto persuadeat : ideo si car post contractam concubinatum liberta invitum patronum deserere non potest , dicit. l. 1. ita neque à principio poterit recusare ejus concubinatum : alioquin non esset illa reverentia debita patrono , sed deberetur concubinarum ; ùm concubinatum propter patronum recusare posset , patronum verò propter jam contractum concubinatum fugere liberta non valeret.

3 Sequitur alius verficulus obscurissimus , puta : *Quod testamento relicto est , actio denegabitur* : idque in testamento Coccei Cassiani clarissimi viri , &c. qui sic interpretandus est. Cassianus habuit Ruffinam concubinam , quæ cum ingenua esset , & etiam honestæ vitæ videretur , credebatur Cassianum cum ea stuprum commississe , *l. in concubinato 3. ff. de concubin.* Larreategui dicit. loc. num. 15. & ideo quod ei in testamento Cassianus reliquerat , quasi ab indigna fiscus jure petere videbatur , *l. mulierem 14. ff. de his , quæ ut indigni. l. hec ratio 3. §. 1. l. cum hic status 32. §. fin. ff. de donat. inter virum , & uxorem , juncta , l. qui pupillum 7. ff. ad leg. Jul. de adulter. l. uxori 37. ff. de usu , & habit. l. qui contra 4. C. de incest. nupt.* idem dicit. loc. num. 1. & 15. tamen cum postea , apparuerit Ruffinam antea concubinatum cum Cassio invitum , filiam vulgò quæsitam peperisse , & habuisse ; per necessarium antecedens cognoscitur , Ruffinam non fuisse mulierem honestæ vitæ : & ob eam causam sine stupro in concubinato Cassiani esse potuisse , secundum d. l. in concubinato 3. ff. de concubin. itaque quod Ruffinæ in testamento Cassianus reliquit (necesse est , ut præsupponatur expressè quid in testamento Ruffinæ relicto fuisse , ut recta applicatio fiat hujus vers. ad superior vers.

ibi : *Quod testamento relicto est* , rectè illud percipi potuit , quia in non prohibito cum Cassiano concubinato extitit.

Cæterum quæstio hujus §. propria non est , an filia vulgò quæsitæ potuerit hæres institui , necne : nam non potuisse satis constat ex Anton. Fab. in *jurisp. Papin.* tit. 9. princ. 2. illat. 1. & solum matri ab intestato per novas leges vulgò quæsitæ filij , hæredes esse potuerunt *l. 1. junctâ. l. seq. §. 1. ff. ad S. C. Tertullian.* idem Faber *ibid.* & *lib. 3. conjecl. cap. 14.* Schifordeger. *lib. 3. vult. 2. §. quæst. 5.* quicquid in contrarium tenet Oluvald. *lib. 6. comment. Donel. cap. 17. l. ter. Q.* cujus objectionibus facile quisque occurrere poterit : Neque de tacito fideicommissio filia relicto , ut illud matri restitueret , ullam verbum in d. §. quoniam , reperitur , neque necesse est id fingi , sicut D. D. Martinus de Larreategui finxit dicit. *num. 15. & seqq.* sed solum dicitur , filiam Ruffinæ vulgò quæsitam ex post facto apparuisse ; ut ex eo colligeretur , matrem fuisse inhonestæ vitæ , & talis conditionis , ut cum ea concubinatum absque scelere stupri esse potuisset. Denique pars illa hæreditatis si hæ Ruffinæ relicta accrescit , vel pertinet in potu coheredi , quia filia illa non potuit hæres institui ex eo , quod non erat civis Romana , ut eleganter probat Anton. Fab. dicit. in loc. & solus ille , quis civis Romanus erat , hæres institui poterat , *l. 1. ff. ad leg. Falcid.* & sic restituitur id , quod de tacito fideicommissio relicto in fraudem fisci conjectatur , Larreategui dicit. loc. Cæterum id , quod Papinianus scripsit in dicit. §. quoniam , nempe , *pleno honore dilexerat* , elogij causa dictum est , ut illud *l. Titia 25. ff. de aur. & argent. legat.* ibi : *Titia amica mea , cum qua sine mendacio vixi* , junctâ *l. Mascarius 144. ff. de verborum obligation.* ut rectè ex Cujacio , Anastasio Gernonio , & aliis docet D. D. Martinus de Larreategui dicit. loc. num. 21. Sic (nisi fallor) rectè interpretatur obscurissimus hic Papiniani locus. Neque Alexander Scotus de controvers. Jacob. Cujac. quas contra Joann. Bodin. & alios Cujacij æmulos scripsit *cap. 1. audientus* est , quia mentem Papiniani non fuit affectus.

CAPUT II.

Explicatur elegans Papiniani responsum , in l. mulieri 74. ff. de condit. & demonstrat.

SUMMARIUM.

1 In l. 74. de condit. & demonstrat. & l. 6. §. 2. de usufruct. accrescend. constituit contraria videtur. Utriusque legis dissentio , & contrarietas , qua maxima est , aperitur. Quædam conciliatio dictarum legum adducitur , & refutatur. Condicio hæc , si non nupserit , mulieri soli remittitur , & non collegatario , valet. Ante impletam conditionem legatum usufructus apud heredem manet. Adducuntur l. 16. quibus modis usufr. amittatur. l. 66. de rei vindicat. l. 19. de assign. libert. Legatum conditionale , dum conditio pendet , nec legatum esse intelligitur.

2 Ratio

2 Ratio differentie inter utramque legem ex dicit. l. 74. versic. tantum enim concipitur , & numero 5. Demonstratur locus , ubi explicatus manet dicit. l. 6. §. 2. de usufr. accresc. Redditur ratio l. 22. de cond. & demonstr. numero 7. 3 Prosequitur amplius , & exemplis explicatur ratio dicit. l. 74. Reipublica causa absens non restituitur in eo damno , quod passurus fuerat , nisi absens non fuisset. Servo vendito , & manumisso venditor tenetur emptori dare ea , quæ habiturus esset , si servum non manumississet. Redditur ratio utriusque speciei ad l. 44. ex quib. caus. major. & l. 23. de action. empt. In judicio familia eriscunde non restituitur coheredi , quod & pro se solo agens impensurus erat. Adducitur l. 39. fam. l. erisc. l. 52. §. 4. pro soc. l. 4. §. fin. ad leg. Rhod. de jact. 4 An ex eo , quod mulier hæret partem usufructus , dum Titius vivit in dicit. l. 74. præsumatur aliam Titium habere. Pars usufructus semel admissa , si amittatur , accrescit alteri , qui partem usufructus retinet. Usufructus quotidie constituitur , & legatur : & quomodo id intelligendum sit , demonstratur. 5 An possit esse aliqua ratio , quæ postquam mulier nupta fuerit , pars usufructus ad Titium pertinere possit ? An mulier , cui imposta est conditio , hæc , si non nupserit in fraudem Titij quidquam fecisse nubendo dici possit ? An superioribus obstat ratio l. 24. de cond. & demonstrat. & l. 161. de regul. jur ? Explicatur in dicit. l. 74. sensus verborum quia tantum beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est &c. Explicatur etiam in dicit. l. verba : nec si Titius , qui conditione defectus est , legatum repudiet , ea res mulieri proderit. 6 Quid in superioribus versic. dicat Papinianus , demonstratur. An in dicit. l. 74. eo casu , quo Titius partem repudiaret , mulier habitura sit totum integrum legatum ? Quid in eadem l. significent illa verba : quia frustra repudiatur legatum , cujus conditio deficit. Defectâ legati conditione , legatum est ac si nunquam datum fuisse . 7 Quid in dicit. l. 74. significent illa verba : quantum Titius vivit , & in eodem statu erit , ostenditur. An mortuo , vel capite minuto , alia pars legati per jus accrescendi perveniat ad mulierem ? 8 Lex propter bonum publicum mulieribus conditionem , si non nupserit remittit. Postquam juri novo satisfactum sit , omnia metuntur jure antiquo. In dicit. l. 74. habente muliere omnia servantur , ac si purè legatum fuisset : & qua ratione id fiat , docetur. Antonius Fab. circa explicationem dicit. l. latidatur.

9 Papinianus in hac l. mulieri 74. & Ulpianus in l. Idem l. §. 6. §. si mihi 2. ff. de usufr. accresc. in ea

dem sunt specie omnino contraria decernere videntur : ait enim Ulpianus , *si mihi usufructus fundi purè tibi sub conditione legatus sit ; potest dici , totius fundi usufructum ad me pertinere interim.* Papinianus verò ex diametro oppositum asserere videtur in his verbis : *mulieri , & Titio usufructus , si non nupserit mulier , relicto est : si mulier nupserit , quando Titius & vivit , & in eodem statu erit , partem usufructus habebit.* Ulpianus totum usufructum , donec pendet conditio , tribuit ei , cui purè legatus est. Papinianus verò partem tantum mulieri assignat , dum pendet conditio. Neque commodè dissolvi potest nodus hic , si dicas in dicit. §. si mihi , usufructum legatum fuisse uni purè , alteri sub conditione ; & in dicit. l. mulieri utriusque tam mulieri , quàm Titio sub conditione relicto fuisse ; sub illa nempe , *si non nupserit mulier* : nam sicut in dicit. §. si mihi , etiam in l. mulieri dici debet mulieri purè , Titio sub conditione relicto fuisse legatum usufructus , postquam certum sit mulieri illam conditionem remitti , non verò Titio *l. 1. C. de indic. viduit. l. sine in genua 2. §. tractari 44. ff. ad S. C. Tertij l. 1. cum ita legatum 63. cum l. seq. 4. de cond. & demonstrat.* Ulterius , si illa conditio in muliere non haberetur pro remissa , neque poterat pars usufructus legati apud eam recidere , dum conditio penderet *l. 1. & tot. tit. de cond. & demonstrat.* conditiones enim dum pendere , ita omnè dationem suspendunt , ut si usufructus relicto sit sub conditione etiam unico legatario , pendente conditione interim usufructus penès heredem maneat *l. si sub conditioe 16. ff. quib. mod. usufr. amittat. l. non ideo 66. ff. de rei vindicat.* facit *l. sub conditioe 10. ff. de assignand. libert.* ergo si remissa non esset mulieri illa conditio , si non nupserit , dum penderet ea , neque pars deberetur mulieri ; quia legati conditionalis dominus est hæres , dum legati conditio neque impleta est , neque evanuerit *l. fundus 4. ff. si usufr. petat. l. is cuius 1. §. hæres 1. ff. quemadm. serv. amittant.* quia legatum conditionale , quantum pendet conditio , nequidem legatum esse intelligitur *l. is cui 42. ff. de obligat. & action.* Itaque cum antequam mulier nupserit , haberet jam partem usufructus ; quod demonstrant verba illa dicit. l. mulieri : *quantum Titius & vivit ; & in eodem statu erit ; partem usufructus habebit* , præcisè colligitur conditionem mulieri fuisse remissam : si ergo remissa est , quare usufructus totius fundi interim , dum pendet conditio , non pertinet ad mulierem , sicut pertinet in dicit. §. si mihi totus usufructus interim ei , cui purè relicto est , quando alteri sub conditione relicto erat ? ergo ex diametro pugnat Ulpianus cum Papiniano.

Sed rationem differentie inter utramque speciem assignat Papinianus illis verbis : *tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est , quantum haberet si conditioni paruisset.* In specie ; *l. idem est 6. §. si mihi nihil lex concessit ad hoc , ut legatarius cui legatus fuit purè usufructus , dicatur legatarius sine conditione purus ; sed testator tantum ei purè usufructum legavit : itaque lex non imposuit modum legato relicto ; sed voluntas testatoris , quæ efficit , ut totum legatum sit ejus , cui purè relicto fuit ex natura ipsius legati , quod insolidum mihi purè ; & insolidum alteri sub conditione reliquerat testator de quod vide quæ singulariter scripturus supra *lib. 1. cap. 2. ubi num. 40. & seqq. usque ad num. 40.* explicatus fuit dicit. §. si mihi. At verò in dicit. l. mulieri legato mulieri relicto modum statuit lex ab ea qualitate ; seu parte*

quæ

quam mulier habitura esset, si conditioni paruisset, ibi: *Quantum haberet si conditioni paruisset*, quibus verbis id significat Papinianus, quod illa lex, per quam factum est, ut mulieri conditio hæc, si non nupsisset, remitteretur; ita ut etiam si nupsisset, pro non nupta haberetur, ea ipsa applicaret mulieri id solum, quod habitura esset, si conditionem adimplevisset, neque nupsisset, & non amplius, ne minus, ut constat aperte ex l. *quoties* 22. de cond. & demonstr. ubi mulier non restituit fidei commissum à se relictum sub conditione, si nubat, quando nupsit, ut legi pareret.

3 Ratio hæc apertissima est apud Papinianum: nam lex remittendo conditionem, nihil aliud voluit beneficio suo tribuere mulieri, quam ipsa haberet, si aliam quamlibet conditionem appositam legato adimplevisset, quia remissio hujus conditionis, si non nupsisset, pro implemento conditionis est: & quidquid contigerit commodi ex advenientia conditionis, id ipsum, & non amplius tribuit lex ejus remissione. Sic is, qui Reipublicæ causa abest, in aliqua re læsus, non restituitur in ea; in qua etiam si Reipublicæ causa non abfuisset, id ipsum damnum erat passurus, *is qui 4. ff. de injur. l. nullus videtur* 55. l. *fraudis* 79. ff. de regul. jur. Et hoc eo magis apparet, quod mulier nullum lucrum ex suis nuptiis acquirit neque sibi faciat: nam licet aliàs dici solet, cum per eam, cujus interest, stat, nê conditio impleatur, pro impleta eam haberi, *l. jure civili* 24. ff. de cond. & demonstr. l. *in jure* 16. ff. de regul. jur. de quarum ll. explicatione pluribus novissimè agit Gulielm. Mabius *regul. opin. lib. 6. cap. 8. & 9.* hoc tamen loco mulieris non interest, ne conditio adimpleatur; cum id ipsum caveatur, ne amplius, quam partem habeat mulier, si legi potius paruerit, quam conditioni: nam si conditioni paruisset non nubendo, non minus, nec plus, quam dimidiam usufructus partem ex legato haberet: itaque non ex eo, quod partem habeat Titius, dicitur non amplius quam partem mulierem habere: neque ex eo, quod mulier non plus, quam partem habeat, dicendum est, aliam partem Titium haberet: sed ex eo mulier tantum partem habet, quia tantum beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset: quæ Papiniani ratio abundaret, si Titius partem suam haberet: undè cum conditio defecisset in persona Titij, nihil de legato placuit ad Titium pertinere: quod aperte ostendunt verba, quæ sublequantur, nec si Titio, qui conditione defecisset, legatum repudiet, ea res mulieri proderit: ad quid enim Papinianus poneret, illum conditione defecitum esse, nisi ut Titius ab omni legato usufructus jure radicatus removeretur.

4 Adhuc tamen apud Papinianum illud difficillimum est, quod mulier habitura sit partem usufructus, quandiu Titius vivit, & in eodem statu permanferit: quibus annuit Consulatus Titium habiturum esse alteram partem usufructus accrescere possit mulieri si ille moriatur, vel capite minuatur; non solum eo casu, quo pendente conditione Titius aut deceffisset, aut statum mutasset, sed etiam si impleta conditione dimidiam usufructus partem agnovisset: hoc enim est proprium legati usufructus ut per se semel admittitur, si amittatur, accrescat ei, qui aliquam partem usufructus retinet; aded ut rei perpetuæ, ut puta fundi, vel ædium tandiu super jus accrescendi usufructus, quandiu ullus conjunctorum, qui partem suam acquisierit, nec repudiaverit, superstes sit, & civis Romanus permaneat, *l. 1. §. inveteratum* 3. ff. de usufr. accresco. Paul. lib. 2. *sentent. tit. 6. sent. cum conjunctum*, ea ratione, quod usufructus quotidie constituatur, & legetur: quam rationem explicavimus supra lib. 2. cap. 13. ergo non solum mulieri, ut dicebamus, sed etiam Titio remittitur illa conditio, scilicet si non nupsisset mulier, sed hoc non potest dici, quia id in favorem mulieris tantum statutum est; & ei soli, & nulli alij remittitur conditio dicit. *l. 1. C. de indic. viduit rollend.*

& legib. supra adduct. ergo Papiniani verba hæc non solum cum Ulpiano, sed etiam cum recta jurisprudentiæ ratione pugnare videntur.

Itaque non potest dici Papinianum credidisse, alteram partem usufructus Titio applicandam fore, à quo postea accrescere mulieri possit: neque ulla ratio est quæ conditione deficiente, Titio usufructum nihilominus adjudicet, nam etsi per mulierem, quia nupsit factum fuit, nê Titius partem usufructus haberet; id tamen mulieri nõ imputatur, nec tam mulieris factum, quam auctoritate legis, quæ eam onere conditionis implendæ relevaverit, contingit; aded ut nihil mulier in fraudem Titij fecerit, sed tantum jure suo usa sit, *l. Proculus* 26. l. *fluminum* 24. §. *fin. ff. de damn. infect. l. quo naufragium* 3. §. *quod air* 7. ff. de incensa. *ruin. naufrag. l. injuriam* 13. §. 1. ff. de injur. l. *nullus videtur* 55. l. *fraudis* 79. ff. de regul. jur. Et hoc eo magis apparet, quod mulier nullum lucrum ex suis nuptiis acquirit neque sibi faciat: nam licet aliàs dici solet, cum per eam, cujus interest, stat, nê conditio impleatur, pro impleta eam haberi, *l. jure civili* 24. ff. de cond. & demonstr. l. *in jure* 16. ff. de regul. jur. de quarum ll. explicatione pluribus novissimè agit Gulielm. Mabius *regul. opin. lib. 6. cap. 8. & 9.* hoc tamen loco mulieris non interest, ne conditio adimpleatur; cum id ipsum caveatur, ne amplius, quam partem habeat mulier, si legi potius paruerit, quam conditioni: nam si conditioni paruisset non nubendo, non minus, nec plus, quam dimidiam usufructus partem ex legato haberet: itaque non ex eo, quod partem habeat Titius, dicitur non amplius quam partem mulierem habere: neque ex eo, quod mulier non plus, quam partem habeat, dicendum est, aliam partem Titium haberet: sed ex eo mulier tantum partem habet, quia tantum beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset: quæ Papiniani ratio abundaret, si Titius partem suam haberet: undè cum conditio defecisset in persona Titij, nihil de legato placuit ad Titium pertinere: quod aperte ostendunt verba, quæ sublequantur, nec si Titio, qui conditione defecisset, legatum repudiet, ea res mulieri proderit: ad quid enim Papinianus poneret, illum conditione defecitum esse, nisi ut Titius ab omni legato usufructus jure radicatus removeretur.

Et in his hoc tantum statuit Papinianus, quod eo casu, quo Titius non repudiaverit, legatum usufructus intolerabilis, & gravior ei foret, si inspiceret, quod mulieri totum usufructum haberet quia videretur tunc Titio partem suam mulierem, ex eo, quod nupsisset, substituisse: & ided nê Titio injuriosum foret, statuit lex, ut mulier solum partem habeat, quam & haberet, etsi Titius neutquam suam partem repudiasset. Deinde plus addit Papinianus, nempe quod etiam in eo casu, quo Titius repudiaret, etsi tunc ei minus invidiosum fuerit mulierem habere totum legatum, cujus partem Titius repudiando ad se pertinere nolle manifestavit, ne tantum mulieri amplius habeat, quam haberet, si conditioni paruisset: lex enim noluit amplius concedere, quam concederet, si verè eventu ipso adimpleta esset conditio, & non legis remissione. Et hac sententiâ Papiniani magis, ac magis apparet Titium conditione defecitum nihil de legato capere posse; alioquin non video, quod pertineat illud, quod Papinianus ponit: quia frustra repudiatur legatum, cujus conditio deficit, *l. si ita scriptum* 45. §. *sub conditione* 1. ff. de legat. 3. l. 1. §. *quod ait prator* 11. ff. *quod legatur. l. is qui hæres* 13. ff. de acquir. hered. l. *legat*

legata 41. ff. de cond. & demonstrat. Anton. Fab. in *jurisp. Papin. tit. 4. princ. 4. illar. 2. & lib. 8. conjectur. cap. 4.* D. D. Martinus de Larreategui *lib. 5. selectar. jur. civil. disputat. cap. num. 10.*

Hæc tamen omnia sic contingunt, & observantur, dum Titius vivit, & in eodem statu permanet: idque docet Papinianus in illis verbis, *quandiu Titius vivit, & in eodem statu erit*, his enim notat, quod quamvis Titius partem non habeat partem tamen faciat, atque ita observetur jus accrescendi ab eo, ac si partem haberet; de quo fusè, & singulariter scripsimus supra *dist. lib. 1. cap. 12.* Itaque si Titius vel inortuus, vel capite minutus fuerit, pars usufructus, quæ hæctenus in hæreditate fuit, veluti à Titio accrescat mulieri: & quamvis Titius nihil usufructus habeat, quia conditione defecit, ei tamen pars illa imputatur quasi partem habenti, non tam ejus, quam mulieris gratiâ, ut mulieri accrescere possit eo casu, quo accresceret, si Titius partem usufructus verè haberet, aut conditioni eventu ipso paritum esset: alioquin enim lex, quæ conditionem, si non nupsisset mulieri remisit: & sic author, & suavor fuit, ut mulier impune nuberet; plus damni, quam commodi afferret mulieri, dum ei jus accrescendi à Titio auferret, quo jure totum legatum usufructus habere potuerat, si conditioni paruisset, & partem tantum concederet; quam etiam eodem casu non minus habitura esset, facit *l. 1. C. Theodos. tit. de legit. heredib. dist. 1. quoties* 24. ff. de cond. & demonstrat. quæ ided vult mulierem de fideicommissio non teneri, ne minus habeat, quam haberet, si non nupsisset: cum ab ea fideicommissum relictum non erat sub conditione, si non nupsisset: ita ut quemadmodum si non nupsisset, sine onere fideicommissi legatum ei erat: ita sine onere legatum habeat eo etiam casu, quo nupsisset; quia nupsisset tantum ex beneficio, vel ex precepto legis.

Denique ipsa lex, quæ propter bonum publicum mulieri conditionem illam si non nupsisset remisit, *l. hoc modo* 6. §. *si nupsisset. ff. de cond. & demonstrat. eodem loco nubenti omnia servare debet*, quo essent, si mulier conditioni parendo à nuptiis se abstinuisset, itaque cum eo casu, quo conditioni paruisset, morte, vel capitis diminutione Titij pars usufructus absque dubio mulieri accresceret; nec enim nonum est, ut sic reddatur quasi jure possitiminij ad jus antiquum, postquam juri novo omni ex parte satisfactum fuerit *l. si ingenua* 2. §. *si mater hæreditatem* 20. ff. ad S. C. Tertull. *l. in tantum* 6. ff. de divis. her. *l. servum filij* 44. ff. de legat. 1. *l. qui res* 98. §. *rem autem* 3. ff. de solution. l. 1. §. 2. l. *proponatur* 9. l. *filij familias* 14. l. *pen. §. pater* 1. de castrens. pecul. eodem modo habitâ ratione legis, quæ mulieri conditionem si non nupsisset remisit eâ lege, ut ea remissio neque mulieri damno, neque alij lucro sit: perinde in dicit. *l. mulieri* statuendum est, ac si purè legatus esset usufructus mulieri, & Titio, vel conditio sub qua legatum relictum erat, extitisset, & Titius suam partem repudiasset, aut post agnitam eam vel deceffisset, vel capite minutus fuisset: nam tunc pars Titij vel repudiata, vel agnita mulier accrevisset, ut traditum est aperte in *d. l. 1. §. interdum* 3. ff. de usufr. accresco. Et hac ratione differentie concordet reduntur inter se Papinianus, & Ulpianus; quæ si diligenter non observetur, indissolubilis erit nodus, & inexplicabilis eorum discordia. Hanc interpretationem (post hæc scripta) invenimus apud cautissimum virum, & apud omnes subtilioris jurisprudentiæ Magistris veneratione dignum Antonium Fabrum de *errorib. pragmat. deced. 50. error. 10.* ubi Daurenij Hieronymi Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

Fachinei, Bartoli, & aliorum errores elegantissimè refutavit.

CAPUT III.

Explicatur Papinianus in *l. cum tale* 72. in princ. & §. 1. & in *l. pater Severinam* 101. §. *servus* 3. ff. de cond. & demonstr. quibus in locis secum ipse pugnare videtur.

SUMMARIUM.

- 1 Cautio Mutiana quæ ratione, & in quibus introducta fuerit, ostenditur. Adducuntur *l. 7. l. 1. §. 1. l. 7. §. 2. de cond. & demonstr. l. 4. §. fin. de cond. intlit. Cautio Mutiana an propter omnes in non faciendos conditiones admittatur.*
- 2 Verba *l. 72. de cond. & demonstr. referuntur, ejusque species proponitur. Sententiâ aliquorum, qui in ea specie putarunt non esse admittendam cautionem Mutianam, eorumque ratio refertur. An hæc conditio, si à filiis non discesserit mater, possit eventum adimpleri? Illam sententiâ à Papiniano impugnari, & quæ ratione ad id moveatur, docetur.*
- 3 Quid sit naturale votum parentum circa liberos, demonstratur. Explicatur ratio *l. 220. §. fin. versic. etenim idcirco* de verb. signif. Ad significandam vicissitudinis perpetuitatem quid in ludis Vulcani, & Prometei fieri consueverat, traditur. Undè provenient pro verbum illud cursu lampadem trado, ostenditur. Ad hoc propositum adducuntur verba Platonis. In *l. 8. de reb. aut. judic. possid. explicantur verba*: quoniam filij pudori parcimus. Adducitur ratio *l. 7. §. fin. in tabu. testam. null. stab. l. 7. de bon. damnat. l. 1. §. de inoff. testam. l. 58. §. 1. de verb. signif.*
- 4 Redditur ratio, quare in *l. 2. de inoff. test. pro insano habeatur pater, qui filium sine justa causa exheredaverit. Divi Augustini locus ad probanda superiora adducitur. Redditur ratio ad *l. 11. ff. de lib. & posth. ultim. C. de patr. potest. quare patres habuerint virâ necisque potestatem. Quare patri, & non marito in *l. 22. in fin. ad leg. Jul. de adulter. adulteram, & adulterum remissum sit occidere? Explicatur, quare in *l. 5. ad leg. Jul. de parricid. dicatur patriam potestatem in pietate consistere. Explicatur Papiniani mens in *l. fin. ff. si à parent. quis manum. sit. Unde provenient, ut olim filij propter scelera omnia parentum punirentur; & etiam hodie in crimine læsæ Majestatis? In explicatione *l. 5. §. fin. Cod. ad l. Jul. Majestatis. Laudatur D. Antonius de Feloga; & apud omnes subtilioris jurisprudentiæ Magistros veneratione dignum Antonium Fabrum de errorib. pragmat. deced. 50. error. 10. ubi Daurenij Hieronymi Oroz, de Apicib. Jur. Civil.******

Ex his, quæ diximus, interpretationem accipit textus elegans in *l. Julianus 26. §. 1. ff. si quis omiff. cau. testam. ab intest.* &c. ibi Papinianus hæc scribit: *denique si filia pater substitutus adit hereditatem, nihil eam dolo facere Julianus existimat, quia nemo filia patrem contra votum parentum substituitur videtur, sed ut arbitrium eligendi relinquat: quem textum ut perfecte explicemus, notari oportet id quod illius tituli generale est; puta quod si aliquis, poterat ab intestato succedere, hæres institutus sit, legatis, fideicommissisve gravatus, & noluerit ex testamento adire hereditatem, sed ab intestato eam possidere, ut circumveniret eos, quibus aliquid ex iudicio defuncti deberi poterat, si ab intestato non succederetur, tunc contra hunc hæredem eis ex edicto prætoris competat actio, *l. 1. & tot. tit. ff. si quis omiff. cau. testam.* &c. Ulterius notari oportet, quod is, qui hæres institutus est, & alius ei substitutus sit, ipse debeat adire hereditatem ex institutione; & si eam repudiet, nullum jus adeundi habeat ex substitutione; aded ut et si pater hæres institutus sit: & filius manens in ejus potestate ei substituatur, quod pater tunc repudiando hereditatem ex sua institutione, non possit ex substitutione filij adire, sed debeat jubere filium, ut ex sua substitutione adeat hereditatem *di. l. Julianus 26. in princ.* ibi: *qui filiam sibi substitutam iussit adire hereditatem, nam sine iussu patris neque filius potest adire, l. si quis 25. §. iussu 4. de acq. hered.* neque pater potest nisi acquirere sibi hereditatem per additionem à filio factam, *l. placet 79. eod. tit.* & aded necessarius est paternus iussus jubentis adire hereditatem, & filia voluntas adire volentis, ita ut etiam in repudiatione uno sine alio nihil operari possit, *l. is quis 23. §. fin. ff. de acq. hered.* Unde si pater ex institutione repudiaret hereditatem, ut eam acquireret ex substitutione filij, dolo faceret, & legata omnia etiam ex institutione sua præstare compelleretur; quia non caret dolo pater, qui honore proprio omisso propter compendium alienam institutionem maluit *di. l. Julianus in fin.**

7 His tamen non obstantibus contrarium decidit Papinianus in *di. §. denique*, Cujus species hæc est: filia, quæ erat in patris potestate, hæres ab extraneo quodam instituta fuit, eique patrem testator substituit: quæritur, an si pater adierit hereditatem ex institutione filia, recta sit talis aditio, quasi facta per ipsum patrem, & non per filiam, quæ sola ex institutione poterat adire; vel ponamus speciem, quæ ipsa filia adire recusaverit hereditatem, & pater non ex sua substitutione, sed ex institutione filia eam adierit; forte quia substitutio patris legatis plus gravata erat, quam institutio filia: an eo casu credi possit, patrem, qui omisso onere proprio alienam institutionem propter compendium maluit, dolo fecerit adeundo hereditatem ex institutione filia? Et respondit Consultus, rectam esse hanc aditionem, & in ea patrem nihil dolo fecisse; & sui responsi rationem hanc dedit, *Quia nemo filia patrem contra votum parentum substituitur videtur, sed ut arbitrium eligendi relinquat.* Ominosa res est, quod pater expectet bona, in quibus filia hæres instituta est; morte enim filia expectanda sunt; neque aliter ad patrem facile pervenire possunt, nisi filia moriente; quia si velle illat nolit repudiare hereditatem, si velle; tamen pater nolit ut eam repudiet, non potest pro repudiata haberi hereditas, *d. l. is qui 13. §. fin. de acq. her.* ergo casus, quo substitutioni patris locus esse potest, ille attenditur, quo filia potest mori ante aditam hereditatem; & sic locus fieri substitutioni patris: & de hoc

casu sensisse Papinianum aperte colligitur ex verbis *contra votum parentum*: in nulla enim alia specie potest verificari contra votum parentum fieri, nam ubi iussu patris filius adierit hereditatem, & illa statim acquiratur patri, in cujus potestate est, non est contra parentum votum; imò id in honorem patris potestatis receptum est, ut quidquid filia acquirant, neque ullo momento apud filium permaneat, sed statim transeat ad patrem, *l. placet 79. ff. de acq. hered.* de quo abunde scripsimus *suprà lib. 1. c. 5.* Neque ut filius repudiet, est contra votum parentum, quia non potest repudiari per filium hereditas, quin pater repudiationi consentiat *d. l. is qui 12. §. fin.* & quidquid voluntate alicujus sit, non potest dici contra votum, & desiderium ejus factum fuisse, *l. 1. §. 1. vers. sic. is autem, Digestis si famul. furt. feciss. dicat.* Itaque voluntate patris facta hæc repudiatio contra votum parentum facta esse videri non potest: ergo Papinianus loquitur de eo casu, quo filia ante aditam ex institutione hereditatem potuit decedere, & sic locus fieri, ut pater ex substitutione hereditatem adiret. Et idem in hac specie recte ait, filia hereditatem à patre adiri posse ex institutione filia; quia nemo creditur aded inhumanus esse, ut patris spem adeundæ hereditatis differre velit usque ad tempus mortis filia: hoc effect enim contra votum parentum, qui vitam filiorum longiorem esse quam suam semper desiderant: & ea de causa patrem non fuisse filia substitutum creditur, sed arbitrium ei datum fuisse, ut si velle non spectata filia editione ipse hereditatem adeat; vel si malit, filiam ipsam jubeat adire: quæ species elegantissima singulari ingenio à Papiniano constituta sic explicari debet.

Ex hac eadem *l. Julianus 26. §. fin. ff. si quis omiff. §. cau. testam.* explicationem elegantem sumit textus elegans, in *l. mater 93. ff. de condit. & demonstrat.* & antequam ejus speciem proponamus, scire oportet, quod hæc conditio, *si filius emancipaveret*, frequens fuisse vel in relinquendo legato, vel fideicommissum, vel in heredibus instituendis *l. duos 70. l. si cui 92. ff. de condit. & demonstrat. l. quidam 46. ff. de hered. institut.* Anton. Fab. in *jurisprud. Papinian. titul. 12. princip. 1. illar. 3.* Cujac. *lib. 6. respons. Papinian. in l. filiusfamilias 8. ff. si tabul. testam. null. stab. undè liber.* tamen fideicommissum, vel legatum sub conditione emancipationis filiorum relictum jure directo non valebat ex eo, quod patria potestas, quæ dissolvebatur ob implendam conditionem, inestimabilis res sit, *l. filiusfamilias 114. §. sed si liberus 8. ff. de legat. 1. l. nec avus 4. C. de emancipat. liberor.* sed agnito legato, seu adita hereditate, auctoritate Principis hæres, vel legatarius cogitur filios emancipare, nè testatoris voluntas circumveniat, quam certe circumveniret quicumque accipiens legatum, vel hereditatem; id, cujus contemplatione legatum, seu hereditas relicta est, adimplere detrectaret: in quam rem prolatum fuisse scriptum quoddam Divi Severi attestatur Ulpianus in *l. si cui legatum 92. ff. de cond. & demonstrat.*

His suppositis sine nunc speciem, *l. mater 93.* Mater filium suum, & filias ejusdem filij hæredes in testamento suo scripsit, omnes sine conditione ulla, sed purè eos instituendo, ita ut filiarum institutioni non adjecerit conditionem, *si à patre emanciparetur*, sed omnes illæ, earumque pater purè hæredes instituti fuerint; & omnes eos, nullo detracto, invicem vulgariter substituit scilicet in primum casum directis verbis: hoc ita directè consti-

constituto filium deinde testator rogavit, ut eas filias, quæ neptæ sunt respectu testatoris, emanciparet, ita ut emancipatæ curatores à prætoribus acciperent, quia errant minores viginti quinque annis: neque mater rogavit filium, ut filiis restitueret portiones hereditarias, quas antè eis scripserat, & filius per eas acquisierat jure patriæ potestatis, vel jure substitutionis, vel (ut melius dicam) jure electionis, secundum ea, quæ scripsimus ad *di. l. Julianus 26. §. denique ff. si quis omiff. cau. testam.* quæritur, an mater testatrix filij fideicommissum videatur, ita ut portiones illas, quas filiabus dederat, ipsas filias percipere pateretur? Et respondit Consultus, fideicommissum à filio relictum fuisse in his verbis: *filij videri fideicommissum placuit, ut eas sui juris constitutas ad hereditatem avia pervenire pateretur*: prosequitur deinde dicens, *neque ad rem pertinere, si portiones filiarum jure substitutionis quasisset*, in quibus ultimis verbis hoc sibi vult Papinianus, quod in *precedentibus duob. num.* diximus, si illas portiones pater jure patriæ potestatis acquisierat jubendo filias adire portiones hereditatis unicuique pertinentem, si velle jure substitutionis, id est jure illo, quo relinquuntur patri arbitrium eligendi, an ex sua propria persona adire hereditatem filiarum, quibus substitutus est, velit; quia pater non potest videri vera substitutio ex eo, quod nemo patrem contra votum parentum substituere videatur, ut ex Juliano docuimus *suprà in l. 26. §. ult. di. tit. si quis omiff. cau. testam.* fideicommissum eis filiabus debetur, quod ab eo relictum videtur sub conditione emancipationis. Et hæc ita singulariter statuunt à Papiniano, pervertendo ordinem juris, ne pervertatur ordo naturæ, & charitatis, sicut & aliis pluribus juris locis constituitur, quorum aliqua videri possunt *suprà libro 2. capite 12. numero 5.* ad explicationem, *l. si mulieri 8. ff. de usufr. accresc.*

10 Eundem dubitandi, & decidendi modum proponit Papinianus in *di. l. cum tale 72. §. 1. ff. de cond. & demonstrat.* ubi proponitur, quod patronus liberti suo certam pecuniæ quantitatem legasset sub illa conditione, *si à liberis patroni non discesserit*: quæritur à Juriconsulto, an cautionem Mutianam libertus præstare possit, & datà eà statim sumere legatam pecuniam? Et respondit, Imperatorem permisisse libertum præstare cautionem, non Mutianam, quia ea in parentibus tantum recepta est propter votum parentum, & naturalem erga liberos charitatem: quod quidem votum in liberis circa liberos patroni non reperitur; sed veluti Mutianam; ratione illà quod fuisset periculosum, ac triste libertum conjunctum patroni liberis eorundem mortem expectare: ubi verbum *conjunctum* non significat libertum eis conjunctum fuisse ratione sanguinis, & necessitudinis: quomodo enim talis conjunctio esse poterat inter libertum, & patroni filios? sed conjunctum esse ratione hospitij, familiaritatis, si adhæserit liberis patroni, eisque prorsus fuerit affixus, ut Cujacius interpretatur *libro 18. quæstion. Papinian. in d. §. 1.* itaque datà illà cautione, statim hic libertus admittitur ad legatum.

11 Sed huic obstare videtur à majoritate rationis textus, in *l. pater Severianum 101. §. socrus 3. ff. de cond. & demonstrat.* ubi socrus nruvi fideicommissum reliquerat sub hac conditione, *si cum filio meo in matrimonio perseveraverit*: qua in specie Papinianus, cujus est illa lex, divortio sine culpa viri post mortem socrus facta, defecisse conditionem respondi, neque antè diem fideicommissi

cedere, quam nupta, vel maritus mori cœperit; & ideo neque Mutianam cautionem locum habere; quia morte viri conditio existere potest: sed inter virum, & uxorem, ubi mutuus est amor, & major charitatis vinculum, *l. 1. l. sed si vir 31. §. quod legaturus 7. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Ovid. *de Ponto lib. 3. eleg. 1. ad conjug. ibi:*

Exigit hoc socialis amor, sed usque maritum.

Itaque necesse est, ut plus periculosum & triste sit inter conjuges alterius mortem expectare, cum ex matrimonio, quo omnis vita inter eos communicatur, *l. 1. ff. de ritu nuptiar.* unius vita quasi alterius vitæ pars substituitur ab alterutro desideretur; Ovid. *lib. 1. trist. eleg. 2.*

At nunc ut peream: quoniam caret illa periculo.

Dimidia certe darte superstes ero:

unde in *l. sed §. 1. Digestis de bon. damnat.* ex unius conjugis, qui deportatus non est, affectione conjugalit matrimonium, quod aliàs deportatione dissolvitur, rectissime conservatur; Anton. Fab. in *jurisprud. Papin. tit. 9. princ. 1. illar. 3.* non datur locus cautioni Mutianæ, neque quasi Mutianæ: ergo multo minus Imperator debuit permittere, illam dari, in *di. l. cum tale 72. §. 1. de cond. & demonstrat.* quia inter libertum, & filios patroni non tam arctum amoris mutui vinculum subsistere potest, argum. text. in *l. liberum 3. C. de nupt.* Sed hanc difficultatem interpretatione, & conciliatione Cujacij libro 8. *quæst. Papin. in di. §. 1.* componere possumus dicendo, magnam esse differentiam inter has conditiones, *si à filiis meis non discesserit*, quæ extat in *di. §. 1.* & hanc aliam, *si cum marito suo in matrimonio perseveraverit*: de prima jam diximus; secunda verò perinde est, ac si dixisset: *si à marito non diverteret*, quæ quidem conditio licet in non faciendo percipiatur, tamen vi ipsa confertur in mortem mariti, hoc sensu, *si usque ad mortem mariti in matrimonio perseveraverit*, sicut confertur etiam in divortium factum culpa mariti: & ided expectandi sunt hi casus, neque ullà cautione mederi possunt: hæc ita Cujacius.

Sed hæc interpretatio, seu conciliatio, Cujacij non ominò dissolvit rationem *di. §. 1.* puta: *si in periculo, ac triste, libertum conjunctum patroni liberis eorundem mortem expectare*: idem enim periculum, & tristitia, imò majori ratione, inter conjuges esse debet. Neque converso illa, quam facit sic de ea conditione: *si usque ad mortem mariti in matrimonio perseveraverit*, cum juvat: eadem enim conversio fieri poterat de conditione: *si à filiis meis non discesserit*, imposità liberto, sic: *Si cum filiis meis moreretur usque ad mortem eorum*: unde sicut in *di. §. 1.* propter dictam tristitiæ, & periculi rationem, cautioni locus est: ita in *di. l. pater 101. §. socrus 2.* propter eandem, cautionis præstandæ facultas esse debeat. Itaque rejectà hac conciliatione mihi videtur ex verbis ejusdem *§. 1.* rectè hæc conciliari posse: ibi ait Papinianus, *Permisisse Imperator velut Mutianam cautionem offerri*, quibus ostenditur, id non fuisse constitutum interpretatione prædandum, sicut constitutum fuerat interpretatione Papiniani id, quod in *prin. d. l. cum tale* responsum fuerat; sed totum illud pervenisse à permissione Imperatoris: quæ quidem permissio extendenda non fuit, sed easdem personas solum, inter quas permissa fuit, observanda. Quo argumento probari potest illud quod non solum subtiliter, sed etiam verè scripsit Anton. Fab. *lib. 7. consuetudin. cap. 14.* ad interpretationem *l. si unquam, C. de revocand. donat.*

semper illam Imperatoriam constitutionem, de qua illa lex loquitur, non esse extendendam ad revocandas alias donationes, sed solum statuere de his donationibus, quas patronus in libertos contulit: de qua lege; & ejus intelligentiam vide etiam Osvald. lib. 14. *comm. Do. ei. cap. 32. per tot. & lib. 19. cap. 11. litter L.* Uise ad Papin. in *l. tale pactum 4. §. fin. ff. de p. et. & in l. pater Severinam, §. 3.* Ergo nihil mirum, si permissio illa Principis, quae in libertis solis, quibus imponitur conditio, si a filii patronis non discesserit, expressa est, ad conjuges non extendatur, neque Papinianus eam extendere ausus fuerit.

His, quae diximus ominosam interpretationem rejiciendam esse in eo casu, quo patri, vel matri relinquatur aliquid sub illa conditione, si a filiis non discesserit, à contrario intelligendum est, rectè scripsisse Paulum in *l. oratio 16. §. 1. ff. de ritu nuptiar.* nepote uxorem ducente filium quoque consentire debere: nepris verò si nubat, voluntatem, & auctoritatem avi sufficere. Nam quoad priorem propositionem attinet, quamvis nepos ex filio, eo adhuc vivo, non magis sit in patris sui potestate, quam si defunctus pater esset, quia filius in patris sui potestate constitutus alium habere in potestate sua non potest. *l. sic. evenit 21. ff. ad leg. jur. de adulter.* tamen recidere aliquando potest in potestate patris, moriente scilicet avo *princ. institution. quibmod. jus patr. potest. ar. soluit.* Neque hæc interpretatio habetur pro ominosa, cum ex ipsius avi voto illud sit, ut credit debeat ante filium suum se esse moriturum *dist. l. cum tale 71. ff. de cond. & demonstr. dist. l. Julianus 26. §. denique ff. si quis omiff. cau. testam.* Mirum igitur non est filij quoque voluntatem, & consensum exigi, nè si quandoque mortuo avo recidat nepos in filij potestatem, habiturus sit invitum norem in familia sua; cujus tunc paterfamilias reperietur; Anton. Fab. in *juris. Papin. tit. 9. princ. 4. illat. 2.*

CAPUT VI.

Singulari interpretatione illustratur, l. Julianus 60. ff. de condit. indeb.

S U M M A R I U M.

- 1. *Varij interpretes hanc legem explicantes referuntur, & num. seqq.*
Ejus legis difficultas commendatur, verbæque proferuntur.
- 2. *Larreategui sententia dicentis rem judicatam parere civilem actionem non probatur.*
Rem judicatam non posse perimere naturalem obligationem docetur.
Adducuntur dict. l. 60. de cond. indeb. l. 28. eod. l. 8. §. 1. ratam rem non haberi.
Referuntur etiam l. 1. C. de cond. indeb. l. 2. de compensat. l. 29. §. 5. mandati, l. 74. §. fin. de judic. & num. 5.
Supradictis additur exceptio, l. 5. §. 7. de donat. inter vir. & uxor. ejusque ratio redditur.
Rebus judicatis salutem Reipublica consistere demonstratur.
Ex re judicata actionem non nasci legitimo argumento comprobatur.
absoluto reo, qui verè debitor, an detur ex re

- judicata actio, aut repetitio ad id quod solvitur?*
Negativam sententiam ex dict. l. 60. de cond. indeb. & l. 3. §. fin. de pignor. admittitur, & num. 6.
- 3. *Donellus contrariam sententiam tuetur, ejusque rationes adducuntur, & num. seq.*
Sua sententia objicit Donellus d. l. 60. & quomodo eam dissolvat, ostenditur.
Adducit etiam l. 6. ad municipal. & num. sequent. & quomodo eam interpretetur, traditur.
- 4. *Qui exceptionem rei judicate habet, non esse verum debitorem credit Donellus.*
Unde in d. l. 6. verum debitorem fuisse constat ex doctrina Donelli traditur.
Objicit etiam verba dict. l. 60. quia nec absolutus, & c. & quomodo ea intelligat, ostenditur.
Aliæ objectiones ejus referunt, & quomodo eas dissolvat, demonstratur.
- 5. *Urgentissima ratione sententia Donel. impugnatur & num. seq.*
Ex condemnatione rei oritur actio, contrarium actio rei judicate.
Idem ex condemnatione iniqua ita ut neque exceptionem reus, neque si solverit, repetitionem habeat.
Adducuntur l. 40. §. 2. de procurat. l. 3. §. 11. de pecul. l. 26. §. 6. de pignorib.
An si reus absolutus fuerit, extinguatur obligatio ejus, postquam absolutio sequuta fuerit?
Post absoluteionem manere eandem obligationem, ex §. 5. instit. de except. traditur.
Argumento cuidam Donelli respondetur, & contra eum facere ostenditur.
Quare in d. l. 60. de cond. in reb. conceperit Consulius questionem de vero debitore, docetur.
- 6. *Tota ratio questionis stat in observanda differentia rei absoluti, vel condemnati.*
In d. l. 60. ponderantur verba, live navis ex Alia venerit, live non venerit.
Perficitur omnino novus, & verus intellectus illius legis.
- 7. *Explicatur §. 3. instit. de satisfat. quoad procuratorem actoris, & satisfactionem ratam rem, haberi.*
An antiquitas idem, quod in dict. §. dicitur, observatum fuisset?
Ea questio ex l. unica Cod. de satisfat. l. 1. C. de procurat. l. 21. ratam rem haberi l. 65. de procurat. l. 66. §. 1. ad S. C. Trebellian. dicitur.
Antiquitas procurator non habens mandatum alibi insinuatam, aut presens dominus in judicio eum non confirmaret, satisfationem dare ex l. ult. de fidejuss. docetur.
Procuratori rei in nullo eventu satisfatio judicatum solvi remittitur.
Adducuntur §. 4. instit. de satisfat. l. 10. judicatum solvi, l. 46. §. 2. de procurat.
Cum §. 2. instit. eod. computantur l. 8. l. 11. judicatum solvi, l. 33. de fidejussor.
Antiquitas reus etsi possessor esset, satisfationem judicatum solvi, dare compellebatur.
Quid in l. 24. de judic. significent verba: Quam si hoc tempore contraxerint, traditur.
Proponitur questio, quare procurator actoris man

- mandatum habens, non satisfacit, & rei procurator satisfacit?*
- 8. *Ratio differentie elegans ad supradictam questionem refertur, & illustratur.*
Satisfatio magis necessario quæ facilius inducitur, difficilius tollitur: & quæ difficilius inducitur ut minus utilis, facilius tollitur.
- 9. *Superiora exemplo juris gentium: & civilis, ex l. 34. §. 1. de milit. timent. explicantur.*
Quare in l. 1. de acquirend. rerum domin. & §. 11. instit. de rerum divis. jus gentium dicitur productum fuisse cum ipso genere humano?
Quare contractus juris gentium in §. 4. instit. de jur. natur. gent. & civil. dicitur, usu exigente, & humanis necessitatibus, introductos fuisse?
Quare in §. 12. instit. eod. tit. jura naturalia apud omnes observari dicitur?
Jus civile difficilius introductum, facilius tollitur, & usque ratio redditur.
Aliud exemplum ad superiora remissum ostenditur.
- 10. *Satisfationem judicatum solvi meliorem esse satisfactionem, ratam rem haberi, & difficilius tolli, traditur.*
Explicantur amplius d. §. 4. instit. de satisfat. & d. l. 10. judicatum solvi.
Procurator ad defendendum non poterat constitui, nisi dato fidejussore de judicato subvendo, & de dolo malo absolvere.
- 11. *Quare in l. 13. §. 1. ad leg. Aquil. l. 27. de pignor. reo absoluto vitio actoris daret adhuc pignus?*
Durante adhuc naturali obligatione pignus durare ostenditur.
Reo condemnato multò magis durare obligationem pignoris ex l. 13. §. 4. de pignor. docetur?
Naturalis obligatio, qua nititur pignus, nisi naturali solutione non extinguitur.
Actionem exercentes non deteriores, sed meliorem causam nostram facimus.
Adducuntur l. 59. ad S. C. Trebellian. l. 14. §. 1. de pignor. dict. l. 60. de cond. indeb. & num. seqq.
- 12. *Superioribus graviter obstat l. 13. quibus modis pignor. vel hypothec. soluit, & numer. sequent.*
Enus legis species proponitur, & difficultas ponderatur.
Illæ lex cum superioribus legibus rectè interpretatione conciliatur.
In specie, qua reus sine vitio actoris absolvitur, pignus non durare docetur.
An eo casu absolute liberetur pignus, an propter auctoritatem rei judicate?
Elegans objectio contra dictam conciliationem adducitur.
Illæ objectio dissolvitur ex explanatione naturæ pignoris, quæ diversa est à ceteris obligationibus.
- 13. *In ceteris actionibus actor non possidet quod petit in judicio, in pignore diversum observari ostenditur.*
Personalem actionem semper nasci ex presenti possessione traditur.
Redditur ratio, quare auctoritas rei judicate extinguit pignus, & non ceteras obligationes:

Regulariter traditione rei constituitur pignus?
Quomodo intelligatur regula, quoties naturalis obligatio permanet, etiam pignus durare, demonstratur.
Adducitur, & ad propositum explicatur l. 16. §. 6. de pignorib.

Hunc textum interpretari fecere Bartol. Ja' on, & Salicetus in l. cum quis C. de jur. & fact. ignor. column. ante penultim. num. 11. versic. circa, & column. penultim. circa med. versic. ad l. Julianus, Robert. lib. 1. sentent. jur. cap. 6. Anton. Fab. lib. 4. conjectur. cap. 6. Donell. lib. 14. comment. jur. civil. cap. 12. & ibi Osvald. lib. 24. cap. 17. liter. X. Cojac. lib. 3. questior. Paul. in dict. l. Julianus, & nonnulla de ea scripsit lib. 8. questior. Papinian. in l. hac conditio 66. ff. de cond. indeb. & lib. 9. responsor. Papinian. in l. servo 3. eodem tit. l. & alij plurimi, quorum animos ad varias, & parum inter se concordantes cogitationes suâ decisione Paulus cogitavit: ego etiam licet supradictis summe inferior ingenij acumine, & literarum scientiâ sim, ut libenter fateor: tamen quid circa dict. text. sententiam, nullius Interpretis sequens vestigia, publice demonstrabo. Julianus (inquit Consultus) verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solvencem repetere posse; quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet; similis namque esse ei dicit, qui ita promissit, si ve navis ex Alia venerit, si ve non venerit: quia ex una causa alterius solutionis origo propositur.

D. D. Martinus de Larreategui subtiliori juris prudentie præceptor eximius lib. 4. selectar. jur. civil. disputat. cap. 1. num. 5. ait, quod quamvis res judicata naturalem obligationem neque pariat, neque perimat, l. judex 28. l. Julianus 60. ff. de cond. indeb. l. procurator 8. §. 1. ff. ratam rem haberi; pariter tamen civilem obligationem, & actionem inducat: & idè id, quod solvitur ex causa rei judicate, quasi omnino indebitum repeti non possit, etiam si male per errorem, aut gratiam, sententiam suam judex pronuntiaverit. l. 1. C. de cond. indeb. l. ex causa 2. ff. de compensat. l. fidejussor 29. §. in omnibus 5. ff. mandati, l. de qua re 74. §. ult. ff. de judic. (excepta specie l. si specus 5. §. si uxor, ff. de donat. interviri, & uxor. propter peculiarem rationem, quæ odio donationum inter virum, & uxorem nititur, (si ibidem Accursio fides habenda sit), idque propter auctoritatem rei judicate, cui stare publicè interest; quia rebus judicatis status Reipublicæ, & publica quies continetur, l. servo invito 67. §. curâ procor 2. ff. ad S. C. Trebell. l. ingenuum 25. ff. de stat. hom. l. res judicata 107. ff. de regul. jur. Larreategui lib. 3. selectar. jur. civil. disputat. cap. 8. num. 3. Anton. Fab. in jurisprudent. Papinian. tit. 1. princ. 1. illat. 9. & 60. princ. 3. illat. 11. tit. 23. princ. 3. in princ. & lib. 8. conjectur. cap. 18. Et licet relatâ sententia vera sit, si cum aliquâ distinctione fiat, absolutè tamen sumpta admitti non debet ex ea parte, qua affirmat, rem judicatam actionem parere: nam si semper, & absolute hæc propositio vera esset, & res judicata jus faceret; utique faceret etiam eo casu, quo reus per sententiam absolveretur: ac per consequens actio, vel repetitio ejus, quod solvisset, debere ei dari: sed nulla harum datur, ut aperte constat ex dict. l. Julianus 60. de cond. indeb. & ex expresso textu in l. si superatus 3. §. fin. ff. de pignor. text. in l. 1. §. si debitori 2. ff. ut in possessi.

posse. *legat. And. Gail plures adducens lib. 1. obser. 113. in fi. ergo illa sententia absolute sumpta nequit subsistere.*

3 Donellus *supradict. loc.* (loquens de rei iudicatæ exceptione) tenaciter defendit, quod sic soluerit absolutus reus, etiam eo casu, quo verè debitor fuisset, poterit repetere id, quod soluit; quia res iudicata tantam auctoritatem habet, ut pro veritate habeatur: quomodo autem, inquit, poterit consistere debuisse illum, qui absolutus fuit, nisi contrarium probetur? Hoc verò fieri nequit post litem finitam, *l. post rem 36. ff. de re judic.* Ulterius exceptio iuramentandi facit locum repetitioni, *l. si quis iurasset 43. ff. de cond. indeb.* non minus autem potest proferri falsum iuramentum, sicut falsa, & iniusta sententia: sed non obstante eo periculo falsi proferendi iuramenti, eo prolato, repetitur id, quod datum est: ergo & prolata sententiâ si reus absolutus fuerit, poterit repetere id, quod soluerit. Neque satisfacere si quis dicat in iure jurando id contingere propter conventionem partium, *l. sed si servus 25. ff. de jur. jur.* nam idem contingit in iudicio, *l. licet 3. §. idem scribit 11. ff. de pecul. ut docuimus supra lib. 4. cap. 6. num. 10.* Hac, ut suam defendat sententiam, adducit Donellus; & subsequenter sibi objicit nostrum textum *dist. l. Julianus 60. ff. de cond. indeb.* posteaque ei satisfacit dicendo, illum textum suam sententiam potius confirmare, quam irritare: Donelli verba ut sunt apud Osuvaldum referamus: ibi namque hæres ejus, cum quo iudicium actum est, non ipse (aliâ nulla dubitandi ratio, quia sciens solvisset) ignarus iudicij solvit iudicio pendente: quæstio, an condicat? Ratio dubitandi in regula, *l. 56. ff. de cond. indeb.* quia postea oriri potuit exceptio perpetua: respondit Jurisconsultus non condicere, quia in omnem eventum debuerit, sive condemnatus postea sit, sive absolutus; cum exceptio rei iudicatæ in id tempus, quo solvit, prodesse nequeat; quia nulla est de facto, quod sententiam præcesserit: neque sententia sequens mutat conditionem temporis; manet enim natura debitor, *l. 6. ad municipali.*

4 At verò qui post absolutionem solvit, natura debitor vel nunquam fuit; vel (quod perinde est,) *l. 30. de testam. tutel.* de eo non constat; loquitur igitur *dist. l. 6.* de vero debitore, quem esse constabat ex confessione, vel aliunde. Qui verò exceptionem rei iudicatæ habet, verus debitor non est. Objiciunt verba textus, *Quia nec absolutus, &c.* non referri ad solventem pendente iudicio, sed post sententiam; & esse argumentum à majori. Sed resistit, & ratio recti sermonis, quia adjectiva, *Absolutus, condemnatus,* substantivo *verus debitor* adjungenda, & ratio subiecta non enim *permanet* debitor, nisi qui fuit: nec fuisse dici potest: nisi quem talem esse constituit. Instant, at qui pendente iudicio solvit, condemnari nequit, *§. ultim. instit. de perpet. & temporalib. action.* ergo hæc verba, *quia nec absolutus,* de eo intelligi nequeunt. Respondeo, qui *satisfecit* sic loquitur *dist. §. ultim.* at hic solvit quidem; sed non satisfecit, quia solutionem ratam non habet: deinde si solutionem non allegans, litem prosequatur, iudex de ea divinate nequit, *l. 6. §. 3. ff. de offic. praesid.* & sic interpretatur Donellus *dist. l. Julianus 60. ff. de cond. indeb.* cui assentitur etiam Gregorius Lopez *animadvertens. cap. 14. num. 2.* dicens in *dist. l. 6.* debitorem post litem contestatam solvisset, sed ante sententiam: nihilque magis literæ textus contrarium, quam quoddam Doctores contentant, soluisse post sententiam, &c. quem sequitur

Osuvald. *ibidem litera A, & B.*

Sed supradicta Donelli sententiam mihi placere possit, urgentissima ratio suadet: nam ex condemnatione per iudicem facta actori contra reum oritur actio rei iudicatæ, quia pronunciat per sententiam reum dare oportere; vel etiam rei vindictio, si in rem actione pronunciatum sit, rem sive actoris, sive rei esse: & hoc aded verum est, ut si reus iniique condemnatus fuerit, neque habiturus sit exceptionem contra agentem actione rei iudicatæ, neque repetitionem, si soluerit id, de quo condemnatio sequitur est, *l. si fideiussor 29. §. fin. ff. mandati, l. Pomponius 40. §. sed etsi 2. ff. de procuratorib. l. licet 3. §. idem scribit 11. ff. de pecul. l. si fundus 16. §. si plures 6. ff. de pignor. l. de qua re 74. §. fin. ff. de iudic.* & hæc ita, quando condemnatus sit reus. Si verò absolutus fuerit, non extinguuntur præcedens obligatio absolutione sequuta, sed ea ipsa, quæ ante sententiam erat, post rem iudicatam perdurat: apertissimus est hac in re Justinianus in *§. item si in iudicio 5. instit. de excepti. his verbis: Item si in iudicio reum actum fuerit, sive in rem, sive in personam; nihilominus obligatio datur: & ided ipso iure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei iudicatæ adjuvari.* Ergo si obligatio præcessit, sive civilis, sive naturalis. quamvis etiam absolutus reus soluerit, non dabitur ei repetitio solvi indebiti, quia ipso iure obligatus manet; & exceptiones nullas interimunt obligationes, sed agentem ex his repellunt, si in iudicio opponantur. Neque quod Donellus ait, nempe quod non poterit probari, reum debuisse, dum ille absoluit, quia post finitam litem nulla, probatio esse potest, nos virget: nam argumento hoc solum probatur deficere probationem debiti, non verò jus retinendi, si solvatur verò debitori id, quod verè debetur; quamvis non possit probari debitum esse: quod si absolutus non obstante absolutione iudicis profiteatur se debere, recta probatio erit confessio ipsa debitoris, & recta solutio debiti: ergo verum est, quod reus, etsi absolutus fuerit, id quod debeat, si ante rem iudicatam soluerit, vel ex postfacto dum tamen iure debitor sit, non poterit repetere: idque demonstrat Julianus, dum in ea lege speciem de vero debitore concepit, ibi: *Julianus verum debitorem, &c.* & inferius licet *etiam absolutus sit, natura tamen debitor permanet*: unde difficultas probationis, quam Donellus significat, ejus, quod in vero debitore absolute statuit Julianus, non tollit.

Itaque omissa etiam hac opinione Donelli, cum 6 distinctione statuendum est, an condemnatus fuerit reus, an absolutus: in primo casu, quando condemnatur, actio propter rem iudicatam competit actori contra reum, aded quod etsi ille iniique condemnatur, nulla ei contra actorem exceptio detur, ut probavi *num. preced. cap. inter monasterium 20. cap. suborta 21. extr. de excepti. rei iudicat.* Zasius in *l. exceptio 2. ff. de exceptionib.* Padilla ad *l. 1. C. de jur. & fact. ignor.* Osuvaldus referens alios *lib. 22. comment. Donel. cap. 8. liter. K,* si verò reus absolutus fuerit, nulla actio iudicati reo contra actorem competit, sed sola exceptio, ut dixi supra *ex l. 3. §. ultim. ff. de pignorib.* neque repetitio ulla datur, si ante sententiam soluerit: itaque in hoc casu res iudicata jus non facit, neque actionem pristinam actori ipso iure tollit, *dist. §. item si in iudicio.* Unde cum in *dist. l. Julianus 60.* verus debitor conventus, si ante latam sententiam postea absoluitur, debitum soluerit, cum obligatio adhuc duret non obstante re iudicata; rectè ait Julianus referente Paulo, id quod

quod solvit, eum repetere non posse, quia neque condemnatus, neque absolutus definit debitorem esse: nam etsi absolutus sit, naturâ tamen debitor permanet; hoc est, naturâ rei iudicatæ talis est, ut natura obligationis antiquæ eadem, modò duret post rem iudicatam, ac erat ante ipsam litem, quod demonstrat verbum illud *permanet*: Nam ut Donellus ait, non permanet, nisi id ipsum, quod fuit: alioquin non permanere obligationem, sed incipere dicendum erat à Juliano. Idem probat exemplo, quod in sequentibus verbis ponit, nempe illum debitorem finitum esse ei, qui obligatus est sub hac conditione, *Sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo præcipitur*, id est sicut is, qui sub hac conditione promittit in quocumque eventu verus permanet debitor, sive navis veniat, sive non veniat: sic etiam qui verus debitor est, in quocumque eventu litis debitor permanet: si reus condemnatur, quia ex re iudicatâ actori competit actio contra reum condemnatum: si reus absolvetur, quia absolutione non tollitur ipso iure obligatio: ergo rectè Salsianus tradit, hunc debitorem repetere non posse id quod pendente iudicio solverit: & hic meo videri id rectus intelletus, *l. Julianus 60. Digest. de cond. indeb.*

7 Ex hujus textus explicatione, & differentiâ, quam statuimus circa reum condemnatum, contra quem actori datur actio, & reum absolutum, cui datur eo casu exceptio, quâ actoris intentionem remove-re possit, quaerenda est ratio, quare in *§. fin. autem 3. instit. de satisfact.* remittitur actoris procuratori satisfactio, *ratam rem haberi*, quando habet mandatum actis infirmatum, vel præsens dominus in iudicio eum procuratorem confirmavit, quia de mandato domini certum est: & ided dominus exceptionem rei iudicatæ vitare non potest; ut in *dist. §. fin. autem 3. & l. unio. C. de satisfact.* Ex qua lege, & *l. 1. C. de procuratorib. l. ne satisfactio ff. ratam rem haberi, l. si procuratorem 65. ff. de procuratorib. l. qui ita 66. §. 1. ff. ad S. C. Trebellian.* constat idem observatum fuisse etiam jure antiquo: aliâ enim non dubium est, quod antiquitus satisfactio, si mandatum non habebat actis infirmatum, vel præsens dominus in iudicio eum non confirmasset, *l. ultim. ff. de procurat.* Procuratori verò rei ad defendendum dato etiam si apud acta constitutus fuisset procurator, vel præsens à præsentem domino in iudicio datus, vel nominatus esset, non remittitur satisfactio, *iudicatum solvi, §. si verò aliquis 4. instit. de satisfactio. & dist. l. unio. in fin.* quod etiam jure antiquo obtinuisse constat ex eadem, *l. & dist. l. ne satisfactio 21. l. si ad defendendum 10. ff. iudic. solvi. l. qui proprio 46. §. qui alienam 2. ff. de procuratorib.* aded ut nihil jure novo mutatum videatur ab antiquo, nisi de possessore in rem actione convento, *§. sed hodie 2. instit. de satisfact.* nam ante Justinianum non solum procurator ejus, qui conveniebatur actione in rem, satisfactio tenebatur iudicatum se soluturum; sed etiam ipse possessor rei; si sine procuratore in iudicio se defendebat, compellebatur, ut satisfactio daret, *l. si petitor 8. l. si servus 11. ff. iudic. solvi. l. si eum hominem 33. ff. de fideiussor.* cujus rei ratio hæcerat, quia non videbatur ante satisfactioem actorem cum reo contractum, cum actio in rem non sit ex præcedente partium litigantium contractu, sed ex presenti possessione: & hoc significant verba textus in *l. non aliâs 24. in princip. ff. de iudic.* ibi: *Quam si hoc tempore contraxerint.* Etiam quod de hypotheca dicitur in fine, *dist. §. si verò,* & quod statuitur in *versio. alia*

in super ejusdem *§. innovatum est.* Et ut brevius quaerentiam nunc repetam; inquiri: quare procurator actoris uno ex supradictis modò constitutus non teneatur satisfactioem dominum ratam rem habituram? & procurator rei, etiam si expressum habeat mandatum, teneatur dare satisfactioem iudicatum solvi?

Ratio differentiæ non vulgaris, neque parum elegans provenit ex eo, quod major sit potestas, ac vis, quæ ex iudicio competit actori adversus reum condemnatum; majorque, & efficacior potestas condemnationis, ex qua nascitur adversus condemnatum actio, quam absolutionis, ex qua competit tantum reo exceptio adversus actorem, ut diximus supra *hoc cap. num. 5. & 6. §. item si quis postulante instit. de action. dist. §. item si iudicio instit. de exceptionib.* Unde non est mirum, quod ea res, cuius auctoritas, & vis major, atque efficacior est, tanto plus poruisset sive ad introducendam, sive ad retinendam satisfactioem, *iudicatum solvi* adversus eum, qui convenitur nomine alieno. Ulterius satisfactio illa, quæ difficilius introducta est, vel exigitur, tantò facilius remittitur: & è contrâ satisfactio, quæ facilius est, tantò difficilius remittitur: sed facilius introducta est satisfactio, *iudicatum solvi*, quam satisfactio, *rem ratam haberi*; cum satisfactio, *iudicatum solvi*, jure antiquo exigere quoque ab eo; qui in rem actione suo nomine conveniebatur, *princ. instit. de satisfact.* cautio verò *ratam rem haberi* nunquam exigebatur ab eo, qui proprio nomine aliqua actione ageret: ergo difficilius tollitur, seu remittitur satisfactio, *iudicatum solvi*, quia facilius datur, vel (ut apertius dicam) frequentius necessaria est, & magis utilis, quam satisfactio *ratam rem haberi*.

Hoc; quod facilius inducitur propter urgentiorem ejus rei necessitatem, ejusque usus frequentiam, & facilitatem; id semel positum, quia magis utile est, vel necessarium; vel commune; difficilius tollitur, *l. ejus militis 34. ff. de testam. milit.* quod uno exemplo declarabimus. Jus gentium magis utile; vel necessarium; vel commune est, quam jus civile; aded ut nunquam eo jure gentes carere poterint: & ea ratione dicitur, illud jus proditum fuisse cum ipso genere humano, *l. 1. ff. de acquirend. verum domin. §. singularum 11. instit. de verum div. vis.* itaque contractus bonæ fidei, qui eo jure introducti sunt, vinculum humanæ societatis continent, sine quo ipsum genus humanum nec momento quidem stare, aut respirare posse videretur: & ided dicuntur illa jura usu exigente, & humanis necessitatibus fuisse introducta, in *§. jus autem gentium 4. instit. de jur. natur. gent. & civil.* Unde quia hæc facilius introducta sunt ex eo; quod erant urgentius necessaria, sicut, & ipsum jus gentium; quod aded altas egit radices; ut cum ipso genere humano naturam dicatur; consequens est; ut vix unquam ea evelli possint; nisi & ipsum genus humanum evellatur: & hoc est quod dicit Justinianus in *§. naturalia 12. instit. de jur. natur. gent. & civil.* nempe quod naturalia jura, quia apud omnes gentes peræque observantur; divinâ quadam providentiâ constituta, semper firmâ, atque immutabilia permanent, quia aded sunt necessaria; & ob id facilius introducta ad commune omnium gentium bonum, ut non possint tolli, nisi funditus totum humanum genus eruantur. Jus verò civile difficilius introductum fuit; quia jam jus gentium; & eo multo tempore cives carere poterunt, & de facto caruerunt, quasi non sit jus tam necessarium; neque ad

commune omnium gentium bonum, sed omnium civium ejus civitatis introductum: & ideo facilius tollitur, quia miris utilis est, non solum aliâ lege contra jus civile latâ, sed etiam consuetudine, seu tacito civium consensu tollitur, *l. de quibus 32. §. 1. Digest. de legibus*. Aliud elegans exemplum reperies infra in his, quæ docebitur *hoc libr. capit. 6. num. 6.*

10 Eodem modo, quia satisfactio, *judicatum solvi*, magis utilis, magisque necessaria est, quàm satisfactio, *rem ratam haberi*, magisque apta ad bonum commune; ideo etiam in procuratore ad defendendum dato, etsi mandatum expressum habeat, non remittitur satisfactio, *judicatum solvi*, licet in procuratore actoris remittatur satisfactio, *ratam rem haberi*. Notandum tamen est, quod etsi omnino non remittatur in eo casu satisfactio *judicatum solvi*, quando certum est demandato domini, remitti tamen aliquo tenus seu obligatio satisfaciendi procuratori minui, cum procurator agens non ipse eam satisfactionem præstare teneatur, ut ipse Justinianus tradit in *dist. 8. si verò aliquis*, ibi: *Si verò aliquis conveniatur, siquidem præfens procuratorem dare paratus est, potest vel ipsum in iudicium venire, & sui procuratoris personam per iudicatum solvi satisfactionem solemnem stipulatione firmare, vel extra iudicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui procuratoris fideiussor existat pro omnibus iudicatum solvi satisfactionis clausulis; dist. l. si ad defendendum 10. ff. iudicat. solvi. quasi dominus non possit aliter facere procuratorem ad defendendum, quàm per fideiussionem suam pro omnibus iudicatum solvi satisfactionis clausulis: quæ quidem clausulæ sunt tres, de re defendenda à procuratore usque ad exitum litis; de iudicatio solvendo; & de dolo malo abfuturo, *l. si accepto 19. ff. de Acceptilat. l. iudicatum 6. l. cum quærebatur 13. ff. iudicat. solvi. l. filiofamilias 8. §. ultim. l. licet 42. §. ea obligatio 2. ff. de procuratorib.* Unde apparet Resoldum in *de lib. juris lib. 4. pandect. q. 14.* non rectè intellexisse, *dist. 9. si autem*; cum illum æqualiter tam in reo, quàm in actore absque ulla distinctione sumat.*

11 Ex superioribus pendet ratio apertissima, cur reo absoluto actoris vitio, aut culpâ nihilominus duret pignus, actione hypothecaria, *l. qui occidit 30. §. 1. ff. ad leg. Aquil. l. servum quem 27. ff. de pignorib.* pignus enim manet, dum durat naturalis obligatio, *l. questum 13. §. 1. ff. de pignor. l. utiunturque 60. ff. de fideiussorib. l. debitor 59. ff. ad S. C. Trebellian.* Itaque cum maneat obligatio naturalis etiam post latam sententiam qua absolutus fuerit reus, *dist. l. Julianus 60. ff. de cond. indeb.* necesse est, ut in specie quam attulimus, pignus durare fateamur. Undè si quando absoluitur sic reus, durat pignus, multò magis durare debet eo condemnato, quia multò magis durat tunc naturalis obligatio, *l. grege 13. §. etiam 4. ff. de pignor. de quo vide Guielm. Masium singul. opin. lib. 3. cap. 7. num. 11.* neque enim deteriorem causam nostram facimus actiones exercendo, sed meliorem ait Paulus in *l. aliam 29. ff. de novationib.* Denique naturalis obligatio, cui insitit pignus; naturaliter solvenda est, id est extinguenda est naturali debiti solutione vel eo, quod loco solutionis sit; puta satisfactione, pacto, iurejurando, quia ut ait Martianus in *d. §. etiam*, suas condiciones habet actio hypothecaria, ut extinguatur, *d. l. debitor 59. ad Trebell.*

12 Sed his graviter obstat text. in *si deferente 13. ff. quibus modis pignus vel hypothec. solvit.* ubi Triphoninus ait, quod si deferente creditore debitor

juraverit se dare non oportere, pignus liberetur: tunc enim perinde habeatur, atque si iudicio absolutus esset: nam etsi à iudice quamvis per injuriam absolutus sit reus debitor, tamen pignus liberetur: ergo vel falsum est quod Ulpianus in *dist. l. questum*, ait, videlicet quod dum durat obligatio naturalis, duret etiam pignoris obligatio: vel id, quod Julianus referente Paulo docet in *d. l. Julianus de cond. indeb.* pura post absolutum reum durare adhuc naturalem obligationem. Sed hæc ita concilianda sunt quod in casu, quo actoris vitio, culpæ absolutus fuerit debitor, pignoris obligatio duret: & sic intelligendæ sunt supradictæ leges: si verò sine culpa, vitiove creditoris absolvatur reus, etiam per injuriam iudicis id contingat, non duret pignus, & de hoc casu interpretandus est textus in *dist. l. si deferente*. Notari tamen hoc oportet, quod etiam in ea specie non liberetur absolute pignus, quia extinguatur naturalis obligatio per abolitionem rei, nam certum est illam durare etiam post sequentem abolitionem, ut affirmant, in *dist. l. Julianus*, & aliæ supra adductæ; sed specialiter propter auctoritatem rei judicatæ, quæ alioquin in casum iter, & illuderetur, *l. servo invito 65. §. cum prator 2. ff. ad S. C. Trebellian.* Sed replicabis, quamvis magna sit auctoritas rei judicatæ propter commune Reipublicæ bonum, & tranquillitatem, non tamen est tanta ejus vis, ac potestas, ut actionem ipso jure extinguere possit, *dist. §. item si in iudicio 5. instituit. de except.* ut docuimus supra *hoc cap. num. 5. & 6.* ergo neque hypothecaria actio extinguatur per auctoritatem rei judicatæ. Sed respondendum est in cæteris actionibus, sive realibus, sive personalibus supradictum argumentum accipiendum esse; & non in pignore: nam ejus natura cœgit, ut diversimodè in eo statueretur, & tanta præstaretur auctoritas rei judicatæ, ut per eam pignus extingueretur.

Ratio differentie ex eo provenit, quod in cæteris obligationibus, & actionibus actor non possideat, neque apud se habeat id, quod iudicio petitur: itaque cum necesse sit tunc actione agere, ut sibi detur, quod debetur ad excludendum eum actorem, non est necesse, ut dicatur auctoritate rei judicatæ extinctam esse obligationem, & actionem; cum petentem actorem exceptione possit removere reum, qui semper possessor est ejus, quod petitur, sive conveniatur actione personali, quod per se patet, quia omnis personalis obligatio imperfecta est ante rem sequentem, *l. merum 9. §. sed quod 2. ff. quod mer. cau. sive actione reali, cum in rem actio sit ex præsentis possessione, l. non aliàs 24. §. sed si postulat 2. ff. de iudic. facit text. in l. si is qui pro emptore 15. §. 1. ff. de usucap. l. si. ff. de rei vindicat.* in pignore verò necesse fuit tantam auctoritatem tribuere rei judicatæ, quantâ indigeret ad hypothecariam obligationem extinguendam in eo casu, quod debitor absolutus esset: ratio est, quia pignoratitius creditor regulariter in sua potestate habet rem pignoratam, cum pignus sit ejus generis contractuum, qui re contrahuntur, & per traditionem constituatur, transferaturque possessio in creditorem, *l. si rem 9. §. propria 2. l. cum & fortis 35. §. 1. ff. de pignor. actio. l. 1. §. creditor 6. ff. de obligation. & actio. §. creditor 4. instituit. quibus modis re contrahit. obligatio.* si ergo non extingueretur in dicta specie pignus, non poterat dari debitori pignoratitia actio, quæ datur ad repetendam rem pignoratam, postquam extincta fuerit pignoris obligatio, & non antea *cor. tit. de pignor. actio.*

Anton.

Anton. Fab. lib. 7. *conjectur. cap. 19.* exceptio enim, quæ solum competit regulariter reo absoluto in cæteris contractibus propter rem judicatam, non poterat reus consequi rem suam, quam in pignus dederat: ergo in hypothecario iudicio necesse fuit tantam vim tribuere rei judicatæ, ut omnino per eam pignoris obligatio extingueretur; nò aliter posito jure non prodesset victoria debitori, & rei judicatæ nullus exitus, fructuque experiri possit: & ideo rectè ait Triphoninus in *dist. l. si deferente 13. ff. quibus modis pignus vel hypothec. solvit.* obligationem pignoris extingui eo ipso, quod reus absolutus fuerit, etiam si per injuriam iudicis absolutio contingat: non enim poterat absolutus dici pignore adhuc remanente. Sic in pignore res judicata tollit, vel novat obligationem, quamvis non sit is modus specialis tollendæ, vel novandæ obligationis, *l. si fundus 10. §. si plaris 6. ff. de pignor. ibi: Quæ ego quantum quidem ad substantiam legis, & auctoritatem sententia non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem, & inde pecunia deberi: Et licet re vera obligatio duret post rem judicatam, propter auctoritatem tamen ejus tam inanis redditur, ac si ipso jure extingueretur.* Unde regulariter verum est, quod Ulpianus tradit in *dist. l. questum §. 1. ff. de pignorib.* ibi: *Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constituit; tamen excipi debet casus hic, quando debitor pignoratitius absolutus fuerit, quia tunc pignus omnino extinguatur propter rationes, quas dedimus supra: neque verum erit tunc dicere quibus ex causis perseverat naturalis obligatio, ex eisdem omnibus pignus perseverare: nam semper perseverat naturalis obligatio absoluto in iudicio, reo, pignus tamen non durat.*

CAPUT V.

Explicatur Text. in *l. quod Nerua 32. ff. de pign. & Justinianus in §. ultim. instituit. quibus modis re contrahit. obligatio.* & uterque locus ab emendatione Antonij Fabri egregiè vindicatur:

SUMMARIUM.

- 1 Antoniam Fabrum absque necessitate adulterasse hanc legem demonstravit: ejus verba referuntur, & explicatione agitur, numeris sequentibus. Triplicem esse culpam docetur, latam scilicet; levem, & levissimam: & quæ illa sint, ostenditur. An vera sit sententia Donelli non admittentis nisi duas species culpe, latam, & levem? An verum sit in *l. 226. de regul. jur. latam culpam dolam esse; & quomodo ea lex intelligatur, traditur. Quomodo in dict. l. 32. deposit. accipiantur verba illa, latam culpam dolam esse, docetur. Lata culpe duas notas adjicit Donellus, & quales illæ sint, explicatur. Comparativum sæpe pro positivo sumi exemplis demonstratur.*

Positivum etiam pro superlativo aliquando sumi ostenditur.

- 2 Levis culpe definitio ex Donello traditur, & ejus amplitudo restringitur. Adducuntur *l. 13. §. fin. & l. sequent. de pignor. actio. l. 22. §. 3. ad Trebellian. & num. 11.* Quæ culpa intelligatur in jure, quoties simpliciter culpe mentio fit, ostenditur.
- 3 Probabilior est sententia, quæ non admittit species culpe, sed gradus. An magis, aut minus faciant species diversas, an graus? Cui plus licet, & quod minus est licere, *l. 21. de regul. jur. quomodo intelligatur.* Propter clariorem docendi modum fingi debent quæ non ita sunt.
- 4 Tradatur questio, ad quem pertineat periculum rei, de qua agitur. Latam culpam quando dolo comparetur, & an in omnibus contractibus præstetur? & numer. 1. Ubicumque dolus coarctetur, & latam culpam puniri traditur. Tutor, qui dolo remotos sit infamis, etiam ob culpam latam infamatur. Adducuntur *l. ult. ubi pupill. educat. vel mox debl. 42. de V.S.* Objectio, quæ fit ex *§. 6. instituit. de suspect. tutor. diffinitur ex l. ultim. Cod. eodem titul.* Quomodo explicandus sit text. in *l. 3. §. fin. de suspect. tutorib. docetur.*
- 5 In levi culpa adhibetur distinctio, quando res datur in gratiam accipientis, vel tradentis, vel utriusque. Depositarius ad nihil nisi ad dolam, quod & qui non accipit, præstat, tenetur. Quando utriusque gratia res datur, sicut utilitas, etiam diligentia, & rei periculum dimittitur. Commodatarius non solum levem, sed etiam levissimam culpam præstat. Ad casus fortuitos nominem teneri ex *§. 2. quibus modis re contrahit. obligat. docetur, & n. seqq.* Adducitur *l. 5. §. 1. verfic. commodatum, & §. 1. l. 18. commod. & num. seqq. præcipue numer. 15.* Levem culpam credito pignoratitius præstat, & casus fortuiti sunt periculo domini.
- 6 Quoad commodatum obstat graviter *§. 4. instituit. quibus mod. re contrah. obligat.* Quare in commodato exacta diligentia exigatur, docetur. In creditore pignoratitio an exacta diligentia desideretur, ex *§. fin. dict. titul. quaritur.* Illius *§. verba* in vers. placuit, & vers. quam si præter, ponderantur. Antonius Faber d. *§. fin. urgentissimis rationibus* Tribonianò adicit.
- 7 Difficultas superior, ut maxima commendatur. Illam discordiam apud Consultos esse, ex *l. 5. §. 1. commod. l. 2. §. & l. 3. de peric. & comm. re vend. demonstratur.* Resto argumentandi genere distarum legum dissensio demonstratur.

§ Idem

§ Idem in locatione statui, ex §. pen. instit. de locat. & conduct. traditur ejusque verba referuntur, & ponderantur.
Eandem pugnam augeri ex l. 25. §. pen. locat. ostenditur.

9 Ex lapsu Antonij Fabri superiores difficultates Autor exaggerat.
Traditur via conciliandi tot prudentum responsa, & Imperatoris constitutiones.
Refertur Cujacij interpretatio ad d. ll. eaque impugnatur.

10 Donelli interpretatio traditur simulque Osuvaldi explicatio; & utraque rejicitur.

11 Redditur ratio, quare in pignore, venditione, & locatione eadem diligentia, & culpa exigi possit, ac in commodato.
Pignus commodato, venditio pignori, & commodato comparatur.
Attinguntur l. 1. §. 1. de pignor. action. l. 19. C. de pignor. l. 2. §. 1. de pericul. & comm. rei vend.
Redditur alia ratio, quare in legibus numero 8. adductis exactissima diligentia exigatur.
Referantur verba d. l. 32. deposit. & ea ponderantur, atque explicantur.
Latiore culpa definitio traditur.

12 Fingitur species de lata culpa in negligentia, qua occupat totam hominis diligentiam.
Quomodo accipienda est diligentia, qua exigitur, in l. 24. §. 5. in fin. de solut. matrimon.
In omnibus contractibus culpam praestari posse ex conventionione traditur.
An semper distinguere debeat, qualis sit in rebus suis hominis, de quo agitur diligentia?
Qui juxta modum naturae hominum diligens est, semper praestat exactissimam diligentiam.

13 In eo homine, qui sic diligens est, nullam contractuum differentiam observari docetur.
An in eo homine sic vigilantem observetur differentia levis, & levissima culpa?
Explicatur iterum d. l. 32. deposit. ejusque verba declarantur.
Et quo genere vigilantiae hominis intelligi debeant, §. fin. quib. mod. re contrah. oblig. §. fi. instit. de locat. & conduct. l. 2. §. 1. & l. seq. de peric. & comm. rei vend. l. 13. §. 1. & l. seq. de pign. act. ostenditur.
Antonius Faber reprehenditur ex eo, quod negationem tollit, in §. fin. quib. mod. re contrahit oblig. & l. 32. deposit.

14 In cuius hominis diligentia admittatur questio de culpa levi, & levissima, docetur.
Quare emptori cedant casus fortuiti ante traditionem rei vendita, demonstratur.
Ubi utriusque dantis, & accipientis est utilitas, diligentia mediocri praestatur.

15 In contractibus ubi vertitur utilitas solius accipientis, qua praestetur vigilantia, traditur?
Explicatur dict. §. 2. versic. at is, qui utendum instituit, quibus modis re contrahit obligat.
Ubi commodum est commune, si fiat mentio culpa, intelligitur de levi; si diligentia, intelligitur de exacta, l. 68. de contrah. empt.

In commodato semper desiderari exactam diligentiam docetur.

16 Ex dictis difficultis redditur §. 1. versic. quo casu instituit. de obligat. quae ex qual. contract. nascunt.
Utriusque causa receptum fuisse, ut absentis negotia ab alio geri possint, traditur.
Dict. §. species, & verba referuntur, & difficultas unico syllogismo ponderatur.
An in negotiorum gestione versetur utilitas utriusque tam gestoris, quam domini?
Solutio hujus difficultatis, qua poterat afferri, ex dictis n. 3. refutatur.

17 Quare in negotiorum gestione exigatur, in d. §. exactissima diligentia, ostenditur.
Adducuntur l. 20. Codic. de negot. gestor. l. 11. l. 32. ff. eodem tit. Paul. lib. 1. tit. 4. in princ.
Quare in l. 24. C. de usur. mater ob administrationem negotiorum filij teneatur omnem diligentiam praestare?
Quare regulariter non teneatur negotiorum gestor ad exactissimam diligentiam?
Cum superioribus legibus conciliatur, l. 3. §. 9. de negot. gest.
Superiora exemplo depositi, quod sui natura dolum recipit, explicantur.
Adducuntur l. 23. de regul. jur. l. 1. §. 35. deposit. l. 5. §. 1. comm. §. 3. instit. quib. mod. re contrah. obligat.

18 An in mandatario exactissima diligentia exigatur, & qua ratione, traditur.
Mandatum posse esse propter solum utilitatem mandantis, docetur.
Mandatum ex precedente mandantis rogatione mandataris suscipitur.
Fines mandati diligenter observari debent, & excessus repugnat mandato.
Ratio Sabinorum sententiae, qua est in §. 8. instit. mand. redditur.

19 Traditur interpretatio ad l. 25. §. 7. loc. ex ea, quam adimus ad §. fin. instit. eod.
Alia, & propria ratio dict. §. 7. redditur.
Artificiose diligentia est pars artificij; & in culpa est, qui ignorat qua artificij sunt.
Adducuntur l. 1. naut. caup. stab. l. 9. §. 5. locat. & n. seq.
Osuvaldus verbum diligentissimus, in dicto §. 7. pro diligentissimus, reprehenditur.

20 Traditur ex dictis nova interpretatio ad l. 52. §. 2. pro foc.
In societate utriusque utilitas vertitur, & diligentia simpliciter praestatur.
L. 25. cum l. seq. pro foc. §. socii 9. instit. eod. tit. de qua negligentia accipi debeant, demonstratur.
Socius culpam supra artem tenetur praestare, & quare.
In dolo est arripere, qui non praestat diligentiam artis, vel ignorat, quam praestet.
In simplici societate socius non praestat nisi exactam diligentiam.

21 Quare in l. 32. depositi dicatur hominum, & non hominis naturae, docetur.
Eadem locatio, & explicatio est in l. 28. §. 1. de usur. l. 44. de edil. edict. l. 207. de verb. signific. l. 25. de legib. l. 2. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. l. 24. §. 1. de minor. l. 28. de rebus credit.

Et

Et quare in §. 17. instituit. de rerum divis. hominis, & non hominum gratia dicatur.
Ad explicandam superiorem questionem adducitur elegans Lactantij Firmiani locus.
Jurisconsultos professos fuisse Socraticam disciplinam demonstratur.

Vereor, ne sua fabrilissimo ingenio absque necessitate corrumpisset scripturam l. quod Nervae 32. ff. de pos. Ant. Fab. de erro. prag. dec. 79. err. 2. Relegerimus scripturam sine emendatione, quod Nervae diceret latorem culpam dolum esse, Proculo displicebat; ubi verissimum videtur: nam & si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestaret, de non caret: neque enim salua fide minore is, quam suis rebus diligentiam praestabit, quibus verbis ut suum & elegantissimum sensum servemus, primò notandum est, triplicem esse culpam, latam scilicet, levem, & levissimam: & licet antiqui interpretes plures culpae species assignassent, rectè eos refellit Zasius, quem hac in re meritò laudat Antonius Faber de erro. prag. d. dec. error. 1. & ex se etiam eos reprehendit, has tres species culpae etiam admittit, & quales illae sint demonstravit. Donellus verò lib. 16. comm. jur. civil. duplicem tantum speciem culpae assignavit latam, & levem: lata culpa, quae & magna appellatur l. magna 226. ff. de verb. signif. dolo proxima dicitur l. quatuor 8. §. illud 3. ff. precar. l. non similiter 4. ff. de Magistrat. conven. dolo comparatur l. 1. §. hoc actio 1. §. si meo sor filium modum dixerit prope dolum l. si fideiussor 27. ff. mand. impuberibus 7. §. ff. de susp. pelt. tutor. vel dolum representare l. 1. §. non alias 2. ff. si is, qui testam. lib. esse iussit, vel in doli crimen cadere l. 1. §. in quoque 5. ff. de obligat. & action. & esse dolum docet Paulus in d. l. magna, quod tamen intelligendum est non in ipsa, sed in interpretatione, & effecta juris, cujus interpretatio in speciebus cum ratione ejus tradit Donellus d. loc. quem etià exornat adductis ad id aliorum interpretum rationibus Osuvald. ibid. l. 1. §. seq. quia interpretatione explicari etiam debet rexe. in dict. l. quod Nervae illis in verbis: latior culpam dolum esse. Itaque immeritò displicet illa sententia Proculo, si secundum dictam interpretationem intelligatur. Hujus latae culpae duas notas adiecit Donellus: una, non adhiberi in rebus alienis, quàm in rebus suis solet adhiberi diligentiam d. l. quod Nervae, ubi monet dictionem illam latorem, idem quòd latam significare: quia in re rectè reprehendi Broum, qui in dict. l. distinctionem facit de lata, & de latiore culpa: vide Osuvaldum cum ab eo ibi adducti l. iter. M. nam quod in dict. l. 41. de latiori culpa scribitur, idem in dict. l. magna statuitur de lata culpa l. mulier 22. §. si heres 3. Digestis ad S. C. Trebell. comparativus enim saepe sumitur pro positivo: sic vis major l. si merces 25. §. vis major 6. Digestis locat. appellatur ea, quae vis magna dicitur in l. hoc ita verum 2. §. 1. in fin. Digestis de peric. & comm. rei vend. & comparativus saepe ponitur, ut elegantiori latinitate ornata loquatur: sic benignus, & longius dicitur pro benignè, & longè in l. benignus 18. Digestis de legib. l. si longius 18. Digestis de judic. Donel. d. loc. & Osuvald. ibi l. 1. N. cum ab eo citatis Bossius citandus infra num. 16. quo in loco sic explicat & rectè, l. tutori 20. C. de negot. gest. ubi & aliam tradit Hieronym. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

ejus explicationem imò positivum pro superlativo aliquando sumitur, in l. cognitionem 5. §. fin. Digestis de extraord. cognit. ubi magna capitis diminutio maximam capitis diminutionem significat, admit enim libertatem, quod proprium est solius maximae capitis diminutionis §. 1. instit. de cap. diminut. l. fin. Digestis eod. tit. circa quod vide quae scripsimus lib. 2. cap. 5. ad interpretationem dict. l. cognitionem §. §. fin. de extraord. cognit. Altera latae culpae nota est non intelligere quod omnes intelligunt, l. lata 223. ff. de verb. signif. ibi: Lata culpa finis est non intelligere id, quod omnes intelligunt ubi verbum finis extremum significat, Donel. & Osuvald. d. loc. l. iter. O. Anton. Fab. de erro. prag. d. dec. 76. d. loc. error. 1.
Alter species culpae, quam agnoscit Donellus, est quae levis appellatur & illa est quae dicitur per imprudentia: imperia enim culpae adnumeratur, l. imperitia 132. ff. de regul. jur. itaque sicut lata culpa est ejus, qui cognoscit periculum ex facto imminens aut pro eo habetur, ac si sciret: sic levis est ejus, qui ignorat periculum imminens; quod & alij non diligentes faciunt vel cum omittitur facere id, quod diligens paterfamilias non amisisset, & inde damnum sequitur, cum venderet 13. §. fin. & l. seq. de pignor. action. quod tamen ira restringit Donellus, modò eadem negligentia peccet in rebus suis, illas lata culpa esset, licet in suis fuerit diligentissimus d. l. quod Nervae 32. ff. de pos. d. l. mulier 22. §. si heres 3. ff. ad S. C. Trebell. quod ego verum esse puto, etiam si hac de re Osuvaldus d. loc. l. iter. P. Donellum reprehendat, vel quod à diligenti provideri potest, per imprudentiam non est provifum, l. si putator 31. ff. ad leg. Aquil. l. in lege 42. eod. tit. quae quidem culpa levis simpliciter vocatur culpa d. l. si cum venderet 13. §. ult. de pignor. action. l. contrarius 23. ff. de regul. jur. & quoties ferè sine adiecto culpae nomen dicitur, ea intelligitur, l. 1. §. saepe evenit 35. ff. de pos. l. in alienis 5. §. sed in his 3. ff. de in litem jur. l. si filio familiar 25. §. 1. ff. solut. matrimon. l. in venditionem 8. §. de tempore 3. ff. de reb. ant. judic. possident. Petrus Gregor. 21. syntagm. capite 11. num. 4. Decianus libro 13. tract. crimen. cap. 6. num. 22. Donel & Osuvald. d. loc. l. iter. Quia lata culpa licet non proprietate vocis, tamen juris dispositione verba doli continent: idè simplici culpae voce levis culpa significatur: quam rationem tradit Donellus ibid. quia duas species hujus culpae levis tradit, & explicat, quas apud eundem videre poteris.
Alij, & non improbè, imò meo videri meliùs, nullas culpae species admittunt, sed culpae tres gradus agnoscant, inter quos adnumeratur Petrus Gregor. 21. syntagm. cap. 11. num. 5. Duaren. de comm. mod. cap. 8. Gregor. Lopez animadversum. cap. 17. num. 3. & 4. Decian. d. loc. l. iter. tract. crimin. cap. 6. num. 8. quos sequitur Osuvald. d. loc. lib. 16. comm. Donel. cap. 7. l. iter. F. Marc. Lvelama lib. 7. membr. eglo. 34. quibus & ego subscribo: & haec opinio in substantia consentanea ferè est illi, quàm retulimus ex Antonio Fabro supra num. 1. nihil enim interest quoad clariorem modum explicandi, an illas tres culpas, species appelles an gradus; licet non ignorem summe differri gradus, & species: nam magis, aut minus gradus faciunt, non verò mutant speciem, l. ultim. ff. de instr. v. l. m. l. m. l. legat. & ita cui plus licet, etiam debet licere quod minus est, l. non debet 21. ff. de regul. jur. quod ei non licet, si plus, aut minus species faceret diversus: nam potestas faciendi in una tantum specie concessa non poterat

H h poterat

poterat extendi ad aliam rem specie diversam: itaque plus, aut minus gradum faciunt, non verò species diversas: præcepto tamen docendi nihil refert, an species appelles, an gradus: præcipue cum non eodem significationis rigore verbum species sumatur apud Consultos, ac sumitur apud Logicos, *Osuwald. lib. 6. comm. Donel. cap. 23. liter. M.* Et hæc sufficienter quoad culpæ divisionem, si illa fiat per gradus, si per species.

4 Hæc de culpa disputatio præmitti necesse fuit, ut hæc alia, quæ ex illa dependet, perfectius & clarius expediat; tempore ad quem spectet periculum rei, de cuius merito, vel deterioratione agitur: quod totum merendum est ex obligatione diligentie, quæ in re custodienda competit unicuique. Et primo lata culpa, quæ certè non solum prope fines doli accedit, sed quandam imaginem doli habet, per quæ dolus non immerito possit appellari, ut probavi supra hoc cap. num. 1. in omnibus contractibus sine ulla distinctione præstat, quamvis contractus sit talis natura, ut in eo dicatur dolum tantum præstari, quale est depositum, & precarium *l. contractus 23. ff. de regul. iur. l. 1. C. de positi. l. 1. §. ult. ff. eod. l. quæsitum 8. §. cum quoque 3. ff. precar. l. 1. §. 1. ff. si mevsor fals. mod. dixer. Donel. lib. 16. comment. jur. civil. cap. 7. Marcus Anton. Delrio addit. l. contractus ff. de regul. iur.* Itaque dispositiones juris de dolo loquentes per dictiones taxativas, quales sunt *duntaxat dict. l. contractus, dict. l. 1. §. 1. solum, dict. §. eum quoque dict. l. 1. C. de positi*, non excludere latam culpam probat Decian. *dict. lib. 1. cap. 6. num. 15. ex l. is qui rationem 2. ibi: si verò neque dolus, neque lata culpa junctà l. licet adversus 4. ibi: ita demum si dolo &c. C. de in litem iur. quem sequitur Osuvald. dict. loc. comm. Donel. liter. V.* Unde ut generalius hæc doceamus, ubicumque dolus coercetur, etiam lata culpa punienda est, in actionibus *sed in his omnibus 3. ff. de in litem iur.* Ex quibus provenit, quod tutor, qui ut suspectus remotus est ob dolum, infamis sit; etiam ob latam culpam infamia notetur: quod probatur ex *l. ult. ff. ubi pupill. educar. vel morar. debeat ibi: Eum, qui dignus tali nota videbitur, & l. probum 42. ff. de verb. sign. enim verò tutela damnari hoc non natura probum est, sed more civitatis. Duaren. de in litem iur. num. 35. & tit. de suspect. tutor. circa fin. Cujac. lib. 7. observat. cap. 8. & ad l. cedere 21. ff. de verb. significat. Decianus dict. lib. 1. cap. 6. num. 21. Donel. ubi supra, & ibi Osuvald. liter. X.* Neque his obstat Justinianus in §. suspectus autem 6. *inst. de suspect. tutor.* ubi ait: suspectum autem remotum ob dolum infamem esse, si verò removeatur ob culpam, non esse infamem: nam ibi loquitur de culpa levi, ut in *l. ult. C. eod. tit.* id est ob negligentiam contractam in rebus suis, ut docet Donel. *dict. loc. dicens*, & ob segnitiam posse tutorem removeri, *l. in postulandis C. dict. tit.* Et eodem modo explicandus etiam est text. in *l. tutor quoque 3. §. fin. ff. de suspect. tutorib.* nam ibi verbum segnitie significat desidiam, id est latam culpam, ut Osuvaldus docet *ibid. dict. l. X.*

5 De levi culpa est in contractibus aliqua distinctio diligenter observanda: nam res, quæ traditur, si dantis solius gratiâ datur; tunc accipiens ad præstandum dolum solum, vel latam culpam obstringitur, ut diximus *supra*. adducentes exemplum de depositario; iste enim non utitur, neque ullum lucrum ex re deposita capiat: itaque nihil præstat præter dolum, de qua agitur non accepisset *d. l. contractus l. si ut certo §. nunc videndum 2. ff. commodat. l. §. is quoque*

§. ff. de obligat. & action. ubi ratio redditur, quia quæ negligentiam amico rem custodiendam committit, de se queri debet: vel datur utriusque gratiâ, accipientis scilicet, & dantis; vel utis pignus: in pignore enim utilitas versatur tam creditoris, quam debitoris: illius, ut melius cautum habeat de mutuo, vel qualibet alia obligatione, *l. plus cautionis 25. ff. de regul. iur.* hujus verò, ut sic facilius mutuum pecuniam impetret à creditore §. *creditor fin. inst. quib. mod. re contrah. obligat.* & tunc quia divisa est utilitas, & commodum commune est; etiam dimidiatur periculum, & diligentia; ita ut rei, quæ apud creditorem est, aliqua in ea servanda culpam præstare creditor teneatur, quam nullam præstat depositarius in re deposita ex eo, quod nulla rei depositæ utilitate fruatur: creditor dimidio tamen minorem diligentiam in repignoratata debeat præstare, quam commodatarius in re commodata: nam iste tenetur non solum levem, sed etiam levissimam culpam præstare, quia ipsius solius utilitatis gratiâ commodata res plerumque traditur: & idèd quia ibi causâ accipientis contractus celebratur, sequi à rei traditione. quæ est tertium distinctionis membrum, omnem diligentiam præstat, & tantum casus fortuitos, & vim majorem non debet præstare; id est eventus illos, quibus humana diligentia, aut cura prospici, aut caveri non potest, ut rectè Justinianus tradit in §. *item is 2. inst. quib. mod. re contrah. obligat.* his verbis: *At is, qui utendum accipit, sanè quidem exactam diligentiam custodienda rei præstare jubetur: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantum suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire; sed propter majorem vim, majoresque casus non tenetur si modo non ipsius culpa is casus intervenit: alioquin si id, quod tibi commodatum est domi, peregrè tecum ferre malueris, & vel incursum hostium, prædonumve vel rursufragio amiseris; dubium non est, quin de restituenda eam re tenearis, dict. l. si ut certo §. nunc videndum vers. commodatum l. in rebus 18. ff. commodat. Paul. lib. 2. sent. tit. 4. sent. servus, vel equus.* Itaque ut brevius hæc referam, si res dantis solis gratiâ datur, accipiens nullam diligentiam præstat, sed dolum duntaxat; si utilitate solius accipientis datur, ille omnem diligentiam præstare tenetur, & solum ad præstandos casus fortuitos non manet obstrictus, si verò utriusque gratiâ tam dantis, quam accipientis res data fuerit, levem tantum culpam accipientis præstat, ut in creditore pignoratitio, in quo quidquid contigerit: extra levem culpam, pro casu fortuito habetur, & periculo debitoris est jure rei suæ *dict. l. si ut certo §. nunc videndum cum seqq. ff. commodat. dict. l. contractus 23. ff. de regul. iur. l. qua fortuitis 6. D. de pignor. actio. l. si ea res 31. ff. de action. empr. l. si merces 25. §. vis major 6. ff. locat. l. si cum vendere 13. in fin. Digest. de pignor. actio. l. cum res 47. §. fin. de legat. 1.*

Cæterum his, quæ ex Justiniano explicuimus 6 in commodato, graviter obstat text. in §. *item is 4. inst. quib. mod. re contrah. obligat. vers. at is*: ibi circa commodatum dicit Justinianus, quod commodatarius exactam diligentiam præstare teneatur, ibi: *sanè quidem exactam diligentiam, & exacta diligentia exigitur, quia plerumque commodatum solum utilitatem commodata rei continet, ut tradit Ulpianus in l. si ut certo §. nunc videndum 2. vers. commodatum Digestis commodat. Sed etiam idem Justinianus in §. fin. inst. quibus modis re contrahit. obligation. docet à creditore pignoratitio exactam diligentiam præ-*

præstandam esse in his verbis: *placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat*: ergo exactam diligentiam præstare tenetur is, quando utriusque dantis, & accipientis gratia traditur: ac is, quando unius, & solius accipientis utilitate datur, cum in commodato exacta diligentia petatur, ubi solos casus fortuitos exceptit *ibi: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.* Itaque cum Ulpianus in *dict. §. nunc videndum*; à pignore commodatum distare doceat in eo, quod in commodato præstetur diligentia, id est levissima culpa: in contractibus verò supra enumeratis, inter quos recidet pignus diligentiam non præstari; & hoc ratione, quæ evidentem condudere videtur, doceat Consultus: incertamque Tribonianus in *dict. §. fin.* proditam esse dicit *Anr. Fab. de error. pragmat. decad. 77. error. 1. in fin.* ubi pro exactam legit minus exactam: nihil mirum si tanto difficultatis ponderè quisque nimium se obstrictum fateatur. Neque feliciores fuerunt Cujac. *lib. 19. obs. cap. 24.* neque Bachou, & alij, quos novissime sequitur Joa. Vvilsbachium *disp. 32. num. 28. in fin.*

7 Maxima est difficultas hæc, quæ tantum virum in desperationem conciliationis perduxit ita, ut sectione lenius remedium non inveniret: nos verò in tam desperatis locis aliquam conciliandam viam dabimus, & ad suam imperatorum honorem ratione non vulgari Justinianum restituemus; & hanc de culpa materiam, brevi, & clarissimè, doctriam diligentem adnotabimus. Ne tamen pro Justiniano solum vindicando propugnemus, accipe etiam Jurisconsultos hujus discordiæ manifestè Authores: Ulpian. in *dict. l. si ut certo §. nunc videndum 2.* enumerans contractus, in quibus par contrahentium utilitas vertitur, connumerat primo loco contractum emptionis, & venditionis, ibi: *Sed ubi utriusque utilitas vertitur ut in emptione &c.* ad hunc finem ut propter æquitatem commodi custodia onus, & culpæ causa decreat: quibus ex diametro opponitur Gajus in *l. hoc ita 2. §. 1. cum Paulus in l. custodiam 3. ff. de princ. & comm. rei vend. quibus in locis uterque Jurisconsultus in emptione, & venditione tam exactam exigunt diligentiam, ut tantum fatale damnum, & vis major sit excusata. Referamus verba Consultorum: *Custodiam autem, ante admetiendiam, qualem præstare venditorem oporteat, utrum plenam ut diligentiam præstet an verò dolum duntaxat videamus: & putato eam diligentiam venditorem exhibere, vel fatale damnum, vel vis magna sit excusatum, profectur Paulus in l. sequent. Custodiam autem, inquit, venditor talem præstare debet, quam præstare hi, quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet: Ecce in contractu emptionis, & venditionis, ubi par utriusque contrahentium utilitas communicatur: & nihilominus ad exactam venditor debet præstare diligentiam in servanda, & custodienda re vendita, ut solum possit esse immunis à culpa casu fortuito, vel vi majori contingente; ergo quod cum Ulpiano docuimus; scilicet quod utilitatem communem minuere curam rei custodiendæ non sine controversa est, imò maximè discordes animos habere Jurisconsulti aperitissime videntur.**

8 In locatione etiam, ubi par contrahentium commodum conspicitur secundum Ulpianum in *dict. §. nunc videndum*, idem quod in emptione contingit ex verbis ipsiusmet Imperatoris Justiniani in §. *conductor autem per. inst. de locat. & con-*

duct. ubi in eo, qui conduxit rem, tam exacta diligentia desideratur, qualem haberet diligentissimus paterfamilias; adèd ut de ejus negligentia nihil Imperator detrahat, nisi solum casus fortuitos: audi Justinianum *ibidem*: *Ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam amiserit, de restituenda ea non tenetur, Justinianum etiam aperitissime juvat Gajus Jurisconsultus in l. si merces 25. §. qui columnam penultim. Digestis locat.* ubi hæc scribit: *Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset: quibus in verbis tanta diligentia requiritur ad excusationem culpæ, quanta reperitur in eo, qui adèd diligens est, ut supra ejusdem diligentiam alia major inveniri non possit, & quæ totum hominum nature diligentie modum valeat occupare: hoc enim sibi vult apud Gajum illud diligentissimus quisque. Et quod hæc in re magis mirandum est, ipse Ulpianus, qui in *dict. §. nunc videndum* creditorem pignoratitium à culpa levissima liberum, & immunem esse voluit; in *l. si cum venditor 13. §. 1. ff. de pignor. actio.* illum custodiæ exactissimæ nexu obstrictum esse respondit, dum hæc scripsit: *Venit autem in hac actione* (loquitur de pignoratitia) *& dolus, & culpa, ut in commodato: venit & custodia vis major non venit.* ergo non est tuta Ulpiani jurisprudentia, cum sui ipsius desertorem se præbeat in *dict. l. 13. §. 1.**

Si Anton. Faber vir doctissimus nunquam sine veneratione nominandus unico textu in *d. §. fin. inst. quib. mod. re contrahit. obligat.* tam miserè succubuit, ut Triboniano imperiti nomen coactus fuerit inponere, quid ego faciam tenuissimo ingenio respiciens tot simul Consultorum responsa, quibus idem quod in *d. §. fin.* constantè affirmatur: dicamne, hoc commune vitium fuisse, & Justiniani, & Jurisconsultorum? abest à me tam grave scelus, ut una temeritate Majestatem Imperatoris, & auctoritatem Prudentis offendam. Queramus ergo viam, per quam humeribus nostris ferentes tam grave difficultatis pondus, sine pedum offensione deambulemus: referam tamen prius aliquas interpretum cogitationes circa conciliandos textus superiores. Cujacius *lib. 1. quest. Pápin. in l. si venditor 80. in princ. ff. de furt. omnium damnis* inquit, post perfectam venditionem, & ante traditionem securam periculum rei pertinet ad emptorem (de quo plura ex §. cum autem 3. *inst. de empr. & vendit.* dixi supra *lib. 2. c. 6. num. 16. & seqq.*) hoc tamen addendum est, quod venditor præstet custodiam, & diligentiam; id est venditor tenetur emptori; si res perierit dolo, vel culpa venditoris *l. 2. §. ult. cum l. seq. ff. de pericul. & comm. rei vend. si homo, qui venierit, fugerit, vel subreptus sit.* Denique venditor præstet dolum, & culpam levissimam; vel (quod idem est) exactissimam diligentiam in re vendita custodienda, & solum casum fortuitum vim majorem non præstat. Hæc Cujacius, cujus doctrina subliterè nequit ex eo; quod eandem diligentiam exigit in emptione, & venditione; in qua æqualis vertitur utilitas contrahentium *dict. l. si ut certo §. nunc videndum ff. commodat. l. contractus 23. ff. de regul. iur.* ac in contractibus, quibus tantum est utilitas accipientis, ut in commodato. Unde figmentum est; non interpretatio; distinctio illa quam ad explicitationem *l. 13. §. ult. ff. de pign. act. inducit lib. 19. obs. 24.* licet eam sequatur hõvissime Joan. Jacob. Vvilsbach: *disp. 32. num. 27.*

Donellus etiam *lib. 16. comm. jur. civil. cap. 7. p. 18*

rum curare debere ait, an exacta, an exactissima diligentia praestetur; quia idem significat exactissima, ac exacta: cum idem qui diligens dicitur in *diēt. l. si in certo* §. 1. §. *custodiam* §. 1. ff. *commod.* diligentissimus vocatur in *l. de rebus* 1. §. *ead. tit.* Denique exacta, & exactissima diligentiam probat ex §. *non is ver.* c. *at is qui instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Et ex §. 1. *versic. quo casu instit. de obligat. qua quod si ex contrah. nascunt.* quibus etiam adiungi poterat diligentiae nomine non majorem custodiam venire, quàm levis culpa, seu latae negligentiae, ut in *l. Magistrate* 6. ff. *de administ. rer. ad civitat. pertin.* Cujus lib. 9. *respons. l. apin. in l. qui solidum* 78. §. *etiam Respublica* 2. ff. *de legat. 2.* Sed Oluvaldus lib. 13. *com. jur. civil. cap. 8. luer. A.* differentiam facit in suo loquendi genere inter exactissimam, & exactam diligentiam: exactissimam docens esse illam, quae summa, & suprema omnium hominum diligentia est: exactam vero eam esse, quae media est, id est eam, quae invenitur in homine mediocriter diligenti: & hanc mediocrem, id est exactam, diligentiam requirit in commodatario, qui debet praestare solam levem culpam, non levissimam. Petrus Fab. in *diēt. l. contractus* 23. ff. *de regul. jur. pag. 235. & seq.* & ita in *diēt. l. si merces* 25. §. *pen. diligentissimus* accipit pro diligenti, Marcus Anton. *Delrio diēt. l. 13. cap. 11. pag. 198. & pag. 203. & seq.* ubi specialem rationem, & causam inveniri in *diēt. §. pen. tradit.* eamque explicat, quem refert Oluvaldus *diēt. loc. luer. A.* Sed haec coangustatio verborum, quae supremam superlativi sensus ad positivum referatur, non placet, neque alias aliorum culpa, propositas dubitationes sequemus explanationes, neque eas refutamus, quia aperta carum falsitas est, sed mentem nostram aperiemus.

Itaque uno explanationis genere totam hanc rem difficillimam componemus, ut ex ea conerramur ad interpretandos, & intelligendos textus, qui loquuntur de contractibus, in quibus est par utilitas utriusque contrahentis: plerimi enim sunt, quorum non est necesse specialem mentionem fieri, cum omnes una interpretatione concordentur. Ratio communis ergo, quare eadem culpa, ac diligentia exigatur in pignore, venditione, & locatione, quae praestatur in commodato, est; quia pignus commodato, venditio pignori, & commodato comparatur *diēt. l. si cum venderet* 13. §. 1. ff. *de pignor. act.* & ex ea comparatione culpam, quam commodatarius praestare, creditor etiam pignoratitius dicitur praestare in *l. si quis 19. C. de pignori. lib. 1. sicut vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse; ita dolum & culpam; sed & custodiam exhibere cogitur.* Idem de venditore in *diēt. l. hoc ita* 2. §. 1. & *seq. l. ff. de peric. & com. rei vendit.* Causa vero, quare aequè fiat haec comparatio, inventu facilis non est, sed tamen dabimus illam, quae hujus quaestioni propria est. Itaque quando dicitur eandem diligentiam in emptione, pignore, locatione praestari, ac in commodato; non est sumenda illa diligentia exactissima, quae nulla major in aliquo hominum inveniri potest, sed sumenda est propria diligentia ejus hominis, de quo agitur, & quae in eo homine ulla major reperiri potest, neque reperitur etiam in custodiendis rebus suis: nam si in eo major diligentia esse possent, quod deest propriae custodiae, & vigilantiae, faceret culpam latam, seu latiore: quae quidem lata culpa in doli crimen cadit, quem dolum omnes praestare tenentur, *l. 1. §. is quoque* 5. ff. *de obligat. & action. l. magna* 22. ff. *de divers. regul. jur.* latior enim culpa nihil aliud est, quàm non esse quisque diligens in re aliena custodienda ad eum

proprium modum, quem custodiendam acciperet: *l. quod Nerva* 32. ff. *deposit.* ibi: *nam & si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est; nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestet, fraude non caret; neque enim salus fidei minorem is, quam suis rebus diligentiam praestaret: quae quidem latior culpa comparatur dolo, sicut levis culpa comparatur calui fortuito, l. qui edes* 9. *l. si fortuito* 11. ff. *de incend. ruin. naufrag. nau. ex pign.*

Finge nunc, latam culpam aliquem habuisse, hoc est illam negligentiam, quae occupat totam diligentiam, quam secundum totum suum diligentiam modum ille habere solet; non poterit ultra porrigi quaestio ad disquendum, in eo homine de levi, & levissima culpa: nam si levis culpa est, non leve providere ea, quae alius mediocriter diligens providere possit: in eo homine, qui infra hunc modum vigilantiae diligens est, quae levis, ac levissima culpa esse poterit, si proprius illius hominis diligentiae modus inspicitur, si non forte de eo quod supra cujuscumque specialiter hominis modum, hominum natura desiderat, ut in *l. si conitante* 4. §. *si maritus* 5. in *fin. ff. solut. matrim.* Si dolum depositarii in re deposita custodienda extenditur usque ad eum diligentiam terminum, quem idem homo in suis rebus custodiendis servat *diēt. l. §. is quoque*, & hoc provenit ex sola depositi natura, quòdo ille convenit de praestanda eam culpa (quod in omnibus contractibus praestari potest ex conventionione, *l. 1. §. si conantis* 6. ff. *deposit.* *l. ea lege* 50. ff. *locati l. contractus* 23. *l. semper* 34. ff. *de regul. jur.*) quae usque extendenda est in eo depositario culpa, quam se datorum repromisit, vel quam creditor pignoratitius in pignote, & venditor in re vendita, & conductor in re conductae praestare tenetur: quosque commodatarii diligentia extenditur in re commodata, quando minor est proprius cujuscumque hominis modus quàm ille modus, quem hominum natura desiderat, id est quo major non potest per rerum naturam reperiri: ei homini potest tunc culpa, vel diligentiae modus fieri secundum varietatem contractuum, (ut nunc, *seqq.* dicam) in hunc modum: si ignorat, quod mediocriter diligentes sciunt, id ipsum non agnoscere, & providere levis culpa erit; si in rebus propriis mediocriter tamen diligens est, & tantam adhibet in alienis diligentiam, imputari poterit ei de levissima culpa; cur non fecerit id, quod providentissimus paterfamilias faceret in servandis propriis, & alienis rebus quando verò creditor, aut venditor, aut locator diligens est in rebus suis ad eum usque modum, quem natura hominum desiderat, & ultra quem nullus diligentior esse potest: certè in simili homine culpa, & diligentia ad eandem quoque modum, & finem sistere necesse erit, ad quem ipsiusmet hominis dolum, & lata culpa spectat: nam si dolum est, & lata culpa, quae dolo comparatur, minorem diligentiam ponere in rebus alienis custodiendis, quam in propriis; in homine, qui exactissimam diligentiam, id est talem, qualem natura hominum desiderat, & quae major nulla reperiri potest, adhibere solet in propriis rebus, eandem non adhibere in alienis, erit dolum, vel lata culpa: ergo in eo homine nonquam poterit esse locus disputationi, seu distinctioni levis, aut levissimae culpa: nam levissima culpa est non facere ea, quae vigilantissimus paterfamilias faceret, & provideret: sed ille, qui usque ad summum vigilantiae modum vigilantissimus est, supra se ipsum non habet alium hominem vigilantiorum, ex cujus vigilantiae comparatione levissi-

levissimus culpa modus fieri possit: ergo in eo homine nunquam reperiri poterit praeter dolum, & latam culpam alia culpa, vel levis, vel levissima quae ei possit imputari, dum eandem vigilantiam praebet in servandis alienis, ac exhibet in servandis propriis rebus.

Unde provenit, ut in eo homine, qui juxta modum humanae naturae vigilans sit ita, ut alius vigilantior secundum naturam reperiri non possit, neque reperiat, ut docetur in *diēt. l. quod Nerva* 32. *Digetis depositi*, nulla contractuum distinctio facienda sit; an scilicet talis natura sit contractus, de quo agitur, ut in eo utriusque utilitas versetur; an alterutrius commodum: neque de culpa, aut diligentia distingui debet, sed quantum in suis rebus custodiendis cavere, & providere solet, tantam in alienis exhibere teneatur; sive culpa, sive doli nomine quasi dolum videatur, cum non ita diligentem existeret in re deposita, commodata, pignori accepta, conductae &c. ut exiit in suis rebus: quod & parte demonstrant verba Celsi in *diēt. l. quod Nerva*, nam & si quis (inquit) non ad eundem modum, quem hominum natura desiderat, diligens est; nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestet, ubi cum quaeratur suum cujuscumque hominis diligentiae, & vigilantiae modum, ut à lata culpa, vel dolo excusetur: & modus ejus, qui vigilans est usque ad terminum, quem natura hominum desiderat, proprius ejus sit; & vigilantissimum esse ad eum, ut eo vigilantior nullus esse possit in rebus suis, eandem vigilantiam in alienis debet praestare: nam ille fraude non careret, si inferiorem curam in alienis haberet, etiam si illa vigilantia esset aequalis cuicumque mediocriter vigilantanti, ratione Celsi in *diēt. l. quod Nerva* in *fin. ff. de depositi*. ibi: *neque enim salua fide minorem is, quam in rebus suis diligentiam praebet: ergo in isto homine nulla distinctio esse potest de levi, & levissima culpa, sive (quod idem est) de exacta, & exactissima diligentia: & ita de istiusmodi hominis vigilantissima diligentia accipiendi sunt textus in §. *creditor ult. instit. quib. mod. re contrahit. obligat.* §. *fin. instit. de locat. & conduct. l. hoc ita* 2. §. 1. *l. seqq. ff. de princ. & commod. rei vend. l. si cum venderet* 13. §. 1. *cum l. seqq. ff. de pignorat. action. & ita non est necesse, ut cum Antonio Fabro tollamus negationem in diēt. l. quod Nerva* 32. ff. *deposit.* & §. *fin. instit. quib. mod. re contrah. obligat.* neque cum ejus reprehensore Bachovio in exercit. *advers. Ant. Fab. in Chitiad. dec. 76. err. 2.* poni debet patremfamilias paulò in suis rebus negligentiorum: quam quidem suppositionem duram esse ipse fateretur, in *vers. Durusculam.* Et ut obiter fatear ingenue quid sentio de hoc interprete juris: audacissimus est, & plus quam decet modestiam juris cujuscumque prudentis, in refutandis alienis, sententiis, cum periora sint ea, quae ab ipso postea firmantur, & ut facile hoc credatur, videndus est Mafius qui eum justè (ut convenit) modestius tamen notat his locis *singul. opin. lib. 2. c. 15. lib. 1. cap. 2. c. 4. n. 12. & seqq. c. 6. passim c. 14. passim lib. 5. c. 16. n. 2.**

In eo vero homine, qui non est diligentissimus secundum summum illum diligentiae modum, sed diligens est infra communem hominum diligentiam, admittitur quaestio de culpa levi, & levissima, vel quod prouo sumuntur diligentia, aut custodia exacta, seu exactissima, nè isti in deposito amplius teneatur praestare, quàm dolum; sibi què imputet, qui negligentiam amico rem custodiendam deposito tradit: & hoc ita in deposito, quia vertitur solius dantis utilitas, idèque erit in aliis ceteris contractibus qui

solius dantis commodum est: in aliis vero contractibus, ubi quis accipit suae solius utilitatis causam, quia iniquum esset ejus negligentiam periculosam esse domino, qui tradidit rem ad alterius commodum; sicut utilitas in suum commodum, ita periculum quoque nomine culpa in suum incommodum suscipiatur; sicut contingit in emptore: nam ex eo quòd emptor habet, & percipit omne rei emptor commodum ob causam dominij quam habet ex venditione, quamvis nondum dominus factus est, quia res vendita nondum ei tradita est; etiam ejus rei casus fortuitos, & omne periculum emptoris damno cedere certum est, *l. id quod* 7. *cum l. seqq. ff. de peric. & com. rei vend. l. is qui* 11. §. *si postea quam* 8. in *fin. & seqq. ff. quod vi aut clam l. Julianus* 13. §. *sed est quid* 12. & §. *seq. §. si quid seruo* 28. ff. *de action. empt. l. fructus* 13. *l. post perfectam per. C. eod. tit. Paul. l. sent. 2. tit. 17. sent. ex die.* In pignore vero, emptione, & venditione, locatione, & ceteris, ubi culpa tantum praestari dicitur, quemadmodum ex aequo dividitur utilitas interdantem, & accipientem: ita accipiens praestare ejus diligentiae summam dimidiam, quam hominum natura desiderat; culpa levi ejus, qui accipit, & rem tenet, res perierit, vel deterior facta sit; id damnum sarciat traditori, quia scilicet alius quamvis infra communem diligentiae modum, tamen mediocriter diligens eam rem servare potuisset, & sic propter aequale, & par commodum contrahentium descendimus ad mediocritatem vigilantiae, quam qui non praestiterit, levi culpa non caret, & sic non deterius interpretatur haec *l. 32. depositi* quàm sit à Marc. Lycla. *lib. 7. membr. eploga* 34.

Ex his, quae diximus supra *num. 13. & seqq. diffici-* 15, lis redditur textus in §. *igitur* 1. *versic. quo casu instit. de obligat. qua quasi ex contract. nasc.* In principio §. ait, quòd si quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascatur actio, quae appellatur negotiorum gestorum, ita ut domino, cujus negotium gestum est, adversus eum, qui gessit, directa negotiorum gestorum competat actio; gestori vero contraria detur: & hoc ita utilitatis causa receptum fuit, ut absentis, & eorum, qui rebus suis superesse non possunt, negotia ab aliis defendantur: quod his privatim, & omnibus publice interest *l. ut servum* 33. §. *publicè* 2. ff. *de procurat. l. 1. ff. de negot. gest. l. si quis absentis* 5. ff. *de obligat. & action. de quo, & de universo tractatu de negotiis gestis vide eruditissimum virum D. D. Martinum de Larreategui lib. 2. *selectar. jur. civil. disputat. per tot.* His praesuppositis per Imperatorem Justinianum in *diēt. §. 1.* ipse prosequitur his verbis: *Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum; ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: neque sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere sole, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.* Quibus verbis validissimum conficio argumentum hoc modo. Vel iste quasi contractus est talis naturae, ut in eo vertatur utilitas utriusque, domini scilicet, & negotiorum gestoris, quod ego nego: vel utilitas tantum domini solius, cujus negotia geruntur, reperitur, quod fatendum est, in primo casu ad exactam tantum diligentiam teneretur negotiorum gestor, ut in emptione, locatione, pignore, & ceteris, in quibus par contrahentium utilitas vertitur ex *l. si ut certi* §. §. *nunc videndum* 7. ff. *commod.* diximus in praecedentibus numeris in secunda vero specie non nisi ad praestandum dolum adstringeretur, sicut in deposito*

etiam docuimus : ergo falsum est quod huc usque à nobis statutum est, nempe quòd ubi est communis utriusque contrahentium utilitas, non teneatur quis nisi ad exactam diligentiam : & ubi dantis solius commodum vertitur, accipiens non obstringatur, nisi ad præstandum dolum, & non ad reddendam culpam: vel defendi non potest quod Justinianus tradit, puta negotiorum gestorem ad exactam diligentiam exhibendam teneri. Neque poteris dicere hunc §. loqui de eo homine, & negotiorum gestore, qui diligentissimus est; quo diligentior secundum naturam hominum alius inveniri non potest; & ita connumerandum esse inter eos textus, quos sic explicavimus supra *dist. num. 13. in fin.* nam Imperator Justinianus regulam de omni negotiorum gestore constituit, ita ut nullus sit negotiorum gestor, qui ad præstandam exactissimam diligentiam non teneatur in negotiis absentis vigilantè administrandis, ut rectissime tradit Christophorus Bosius in *de libris juris lib. 3. pandect. quest. ult.* alia ergo hujus §. cum superioribus conciliandi ratio querenda est.

17 Alia igitur est causa, ob quam in negotiorum gestore Justinianus exactissimam diligentiam exigat, quæ non solum illa est, ut amici labore plenissime absentis, cujus negotia gerit, satisfacere debet, *l. tutori 20. C. de negot. gest.* sed etiam illa præcipua quòd negotiorum gestor propria voluntate sed administrationi negotiorum obicit *d. l. tutori & ex* ratione magis studium, & diligentiam rei bene gerendæ habere debet, *l. si negotia 11. l. fideiussor. 2. ff. de negot. gest.* Paul. lib. 1. *sent. tit. 4. in princ.* idem Bosius *dist. quest. l. heredes 25. §. non tantum 16. ff. famil. ercisc.* & inde provenit, quod mater, quæ negotia ad filium pertinentia gesserit, omnem diligentiam debeat præstare, *l. si mater tua 2. C. de usur.* itaque in negotiorum gestore hæc est propria ratio, quare ille exactissimam diligentiam debeat exhibere, quia natura negotiorum gestoris ea est, ut negotiorum gestor præcisè se offerat nullo præcedente mandato ad negotia absentis rectè gerenda: cujus rationis evidens argumentum in eo est, quod si negotiorum gestor aliquandò coactus alia de causa, scilicet affectionis, negotia gerat, nihil aliud præter dolum præstare teneatur; quia non potest tunc dici negotiorum administrationi libenter, & spontè se obtulisse, *l. ait prætor 3. §. interdum 9. ff. de negot. gest.* quod omne uno exemplo declaratur. Depositarius, quia non utitur re deposita neque lucrum ullum percipit ex ejus custodia, regulariter, & natura depositi inspecta nihil præter dolum præstat, ut supra diximus *ex d. l. contractus 23. ff. de regul. jur.* quæ melius intelligitur sic quam eo modo quo sumitur & Marc. Lyclama *lib. 7. membr. eglo. 34. d. l. si ut certo 5. §. nunc videndum 2. ff. comm. d. l. 1. §. is quoque 5. ff. de obligat. & action. §. præterea 3. instit. quib. mod. re contrah. obligat.* si verò depositarius se deposito obtulerit, periculo depositi se alligatur: & tunc non solum dolum sed etiã culpam, & custodiam præstare tenetur, tantùm ad casum fortuitorum præstationem non teneatur: audi Ulpianum hæc ita dicentem in *l. 1. §. sepe evenit 35. ff. de depositi sepe evenit, ut res deposita, vel nummi periculo sint ejus, apud quem deponuntur, ut puta, si hoc nominatim convenit: sed etsi se quis deposito obtulit, idem Julianus scribit periculo se depositi illigasse: ita tamen non solum dolum, sed etiam culpam, & custodiã implet: non tamen casus fortuitos cujus comparatione etiam negotiorum gestor, qui negotio gerendo se noster sua voluntate se offert, exactissimam*

præstare debet diligentiam, quam exigit Justinianus in eo negotiorum gestore, qui iuxta communem hominum modum diligens est: nam si negotiorum gestor diligens ad eum esset, ut iuxta communem hominum in genere diligentiam diligens sit, hanc suam propriam, & summam diligentiam præstare deberet, ne alioquin in dolo versaretur, ut diximus supra *dist. num. 13. & sic accipiendus, & explicandus est in d. §. 1. verficulus quoque casu.* Quæ ratione motus Tryphonin, in *l. qui sine 38. ff. de negot. gest.* statuit negotiorum gestorem qui pecuniam domini in suos usus convertit, teneri ad præstandas maximas usuras: ad quas non tenetur procurator pecunia domini utens, *l. idemque 10. §. si procurator 3. ff. mandati, idem Bosius dist. loc.*

Superioribus consequens est, quòd mandatarius debeat etiam in re mandata exactissimam diligentiam adhibere: nam etsi mandatum possit esse propter solam mandantis utilitatem §. *mandantis 1. instit. de mand. l. mandatum 2. §. 1. ff. mand. & ob id videbatur, mandatarium nihil debere præstare præter dolum, ut in negotiorum gestore pro ratione dubitandi diximus supra hoc cap. num. 16.* tamen & in eo casu, ubi vertitur commodum solius mandantis mandatarius ad exactissimam diligentiam tenetur non propter illam rationem, quam in negotiorum gestore dedimus, scilicet quia he negotiorum administrationi spontè obtulit; hoc enim diversum in mandatario est quia non se offert, sed mandatum præcedente mandantis rogatione ex officio, atque antipicitia suscipit *l. 1. §. fin. ff. mand.* Tota ergo ratio quare sic mandatarius ad tantam diligentiam obstringatur, ex eo deducenda est, quòd fines mandati diligenter sunt observandi: nam qui excellit, aliud quid facere videtur, *l. diligenter 5. ff. mand.* unde cum mandatum formale sit, & individuum: quippe facti non nisi insolidum contra formam ejus peccari potest; & hæc est omnimoda causa exigendæ illius diligentia, id est levissimæ quoque culpæ, quam præstare mandatarius debet, etiamsi nulla ejus sit utilitas in mandato, quod suscepit; eam enim præcisè exhibere tenetur, ne à propria mandati forma aberret, si ea certa sit, *l. si quis pro eo 46. ff. mand. l. procurator 13. l. in re mandata 21. C. mand.* Cicero pro *Rosc. Amerino* Gellius *lib. 1. cap. 13.* Et hæc causa fuit, quare Sabinianus tam strictè obsecutum esse mandatum volebant, ut si mandatarius pluries emisset, quàm emi mandatum esset, agere non posset, etiamsi mandatori remitteret id quanti plures emisset, quia definitio à mandatore pretio, quo emeretur; sic de pretio deciditur, & excluditur omnis questio, an mandantis inter sit plures, vel minoris sibi emptum esse §. *is qui exequitur 8. instit. de mand.* Cujac. *lib. 11. observat. c. 34.* Donel. *lib. 13. comm. jur. civil. c. 12.* & Osuvald. *ibid. liter. A.*

Similem interpretationem, quam dedimus §. 19 adaptandam esse videtur textui in *l. si mercus 25. §. qui columnam 7. ff. locat.* ubi artifex quidam columnam transportandam conduxit, & ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta fuit: ita conductorem præstare ait, si quæ ipsius, eorumque, quorum operâ utitur, culpa id acciderit: & tunc culpam abesse notat, si omnia à conductore facta fuerint, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. Tamen omnia etiam ad interpretationem, non deficit in *d. §. qui columnam* propria ratio, quare ad exactissimam diligentiam conductor teneatur: itaque ibi agitur de imperitia, seu culpâ, quam admisit is, qui

qui ut artifex columnam transportandam conducerat; & hujus diligentia ipsius artificij pars est, & qui totum artificium non præbet, vel propter ignorantiam artificis, facit *l. si quis 9. §. Celsus etiam 5. ff. locati, vel aliam ejus culpam, in culpa esse dubium non est, quia in culpa est ille, qui vel non intelligit, vel intelligens non facit omnia ea, quæ alius diligentissimus artifex facturus fuisset: itaque in *dist. §.* non loquitur de eodem genere culpæ, quod in §. *ulrim. institut. de locat. & conduct.* Justinianus patefecit: nam in illo de ea culpa loquitur, quam teneri præstare is, qui rem utendam conduxit: & summe diversa sunt hæc, ut constat *ex l. nauta 5. ff. naufrag. tabul. ut recept. restit. dist. l. si quis domum 9. §. Celsus 5. ff. locati.* Neque hæc in re credendum est Osuvaldo, qui *lib. 13. comm. Donel. cap. 8. liter. A. explicat d. §. qui columnam.* accipiendo verbum diligentissimus, quod superlativum est. pro positivo; & docens eam vim illud habere, ac si Gaius dixisset, diligens quisque, qui hæc violatio verborum nullatenus est necessaria: cum siue illa, servato superlativi rigore, rectissimus, & proprius ejus §. sensus substantiatur.*

20 Ex dicta interpretatione pendet etiam verus intellectus difficillimi textus in *l. cum duobus 52. §. si inchoanda 2. ff. pro soc.* Societas contractus est, qua utriusque contrahentium utilitas communicatur; & idè in ea præstata est diligentia simpliciter, non verò exacta, §. *socius socio 9. institut. de societ. dist. l. cum duobus 52. §. 1. l. socius 72. ff. pro soc.* ibi: *Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; quia qui parvam diligentem sibi socium acquirat, de se queri debet, dist. l. si ut certo 5. §. nunc videndum 2. ff. comm. undè facile cognoscitur, in l. non ob eam causam 25. cum l. sequent. ff. pro soc. & in *dist. §. socius socio*, nomen desiderat, quæ ibi negligentia interpretatur, non de quacunque negligentia sumendum esse, sed de negligentia magna, quæ culpa est, interpretandum esse, *l. magna 226. ff. verborum signif.* Culpam autem socius tenetur supra artem præstare, vel operam, quam fortè conferat: nam quod confert, ars est, seu pretium ejus societatis velamentum est tantum, quod si non præstet qui pollicitus est, non solum in levi culpa est, sed etiam in dolo, quia tanquam artifex societatem inivit: itaque vel promisit artem, operamve, quam præstare non poterat: vel poterat, & non præstitit promissam, in dolo est; quia ille ut artifex promittit, non liberatur ab exactissima diligentia, etiamsi suam propriam & quam in rebus suis gerendis ponit, adhibeat: sed exhibere debet, quantam optimus artifex secundum artificium præstare potest. Denique neque societatem quidem præstat, non artem, operamve in eam præstat, argum. *dist. l. nauta ff. naufrag. tabul.* Undè ex natura contractus, societatis, in qua contrahentium par est utilitas, præstat hic socius diligentiam simpliciter, ut de aliis contractibus, in quibus commodum æquale est, diximus. Si verò artem promiserit, qui societatem inivit, tenetur ratione artis ad exactissimam diligentiam, quia artifex non suam propriam, sed quantam ars patitur industriam, & modum, exhibere debet: alioquin in culpa erit, vel propter ignorantiam eorum, quæ artis sunt, vel per malitiam propriam; quia cum omnia, quæ artis sunt, perfectè sciret, illa mutilata, & imperfecta exhibet, ut docuimus *n. preced.* & hæc est vera interpretatio ad *d. §. si inchoanda*; quam paucissimi rectè adhuc explicarunt.*

Unica sola observatio superest, à nemine, quem ego viderim, excogitata, ad perfectam interpretationem, *d. l. quod Nerua 32. ff. de positi*, puta quare Celsus ibidem querens, quis sit modus summe diligentia; ait, *Et si quis non ad eundem modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, &c.* cur dicat, hominum natura, & non dixerit, hominis natura? Eodem modo loquitur Gaius in *l. in pecudum 28. §. 1. ff. de usur. ibi: Absurdum enim videbatur, hominem in fructus esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.* Sic etiam Paulus ex *Pedio in l. justissime 44. ff. de ad. edict.* ibi: *Nè qua fraus, aut editio, aut jure civili fieret, ut ait Peditus, propter dignitatem hominum.* Sic Africanus *mercis appellatione homines non contineri*, inquit, in *l. mercis 207. ff. de verb. signif.* ubi in plurali homines, non in singulari hominem scripsit. Sic etiam Modestinus in *l. nulla 25. ff. de legib. ibi: Ut qua salubriter pro utilitate hominum introducuntur.* Sic in *l. si dominus 2. ff. de bis, qui sunt sui, vel alien. jur. l. quod si minor 24. ff. de minor. respiciendum 38. ff. de reb. cred.* Imperator verò Justinianus in §. *in pecudum 37. instit. de ver. divis.* in numero singulari hominem numeravit, credens sibi sufficere ad explicandam hominum naturam, hominis naturam dicere, ibi hæc verba afferit: *Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.* Ubi mirari debet, quomodo cum in referenda hac ratione strictè retulisset verba Gaii *ex d. §. partus*, solum emendaverit illud verbum hominum, & in loco ejus reposuerit hominis: Quod non sine causa Justinianum fecisse suspicor. Observatio Lactantij Firmiani nos ab hac difficultate solvet: nam ille *lib. 7. divina instit. cap. 4. Videamus*, (inquit), ergo quæ ratio fuerit fugendi generis humani; quoniam constat id, quod Stoici aiunt, hominum causa mundum esse fabricatum: quantum in hoc ipso non mediocriter peccat, quod non hominis causa dicunt, sed hominum: unius enim singularis appellatio totum comprehendit humanum genus: sed hoc ideo, quia ignorant unum hominem à Deo esse formatum; putantque homines in omnibus terris, & agris tanquam fungos esse generatos. At Hermes non ignoravit hominem, & à Deo, & ad Dei similitudinem factum. Hæc Lactantius. Cum ergo Jurisconsulti omnes Stoicam disciplinam professi fuerint, ut docet Cujacius *lib. 26. observat. cap. 4. Osuvald. lib. 11. comm. Donel. cap. 4. liter. D.* Merilius *lib. 1. cap. 2. & 15.* quem adducit D. Franc. de Amaya *lib. 3. observat. cap. 7. num. 4. D. Martinus. Sc Saravia* in hac nostra Pintiana Academia Digesti veteris cathedræ moderator in *sua disp. public. & solemn. ad l. verus fuit questio 68. ff. de usuf. n. 3. & 4.* & extant text. in *l. 27. ab his ff. de orig. jur. l. 2. §. 2. de legib. & ibi Gotoph. D. D. Melchior de Valentia ad l. 1. de legat. 1. c. 1. n. 1.* ex Cicerone *lib. 3. de finib.* idè quia crediderunt multos homines diversis in partibus terræ simul procreatos fuisse, dicant in supradictis legibus hominum, & non hominis, quia sic, & non alio modo naturam hominis in sua prima creatione significari putaverunt. Imperator verò Justinianus princeps catholicæ disciplinæ religiosissimus, qui nunquam ignoravit unum, & singularem hominem à Deo Opt. Max. fuisse creatum, à quo ceteri homines descendunt, nomine unius hominis naturam universorum hominum significavit: & idè in *dist. §. in pecudum instit. de ver. divis.* non hominum, sed hominis gratiã omnes fructus per naturam comparatos fuisse, rectissime scripsit.

CAPUT VI.

Traditur vera, & speciosissima ratio, qua l. 12. tabular. filiisfamilias non concefferit testandi potestatem?

SUMMARIUM.

- 1 Ut quis de rebus suis disponere in tempus, quo dominus non sit, lege opus fuisse docetur. Testamentum non valere possit, propter solemnitates testandi mors testatoris subsequi debet. Sicut cetera jura, dominia quoque rerum morte amittuntur. Necessariam fuisse l. 12. tabul. ad dandam civibus facultatem testandi traditur. Verba propria l. 12. tabul. afferuntur, & his matresfamilias comprehendit docetur. 2 Verbis l. 2. tabul. potestas testandi filiisfamilias non fuit tributa. Filiisfamilias testari etiam consentiente patre non posse, ejusque ratio redditur. Neminem nisi a lege, vel a Principe habere posse facultatem testandi docetur. 3 Queritur, quare filiisfamilias, sicut patribusfamilias non dederit lex facultatem testandi? Refertur ratio Ulpiani in fragm. titul. 20. §. 1. & circa eam Doctoris Rets interpretatio adducitur. Aliorum alia ratio, nempe quia lex noluit, rectoratur, & examinatur. Hec ratio exemplo l. 3. de offic. Prætor. egregie fulcitur. Rectam rationem esse ad Principis voluntatem referre omnia, que concedit, ostenditur. Ratio decidendi ad §. 8. de jur. natur. gent. & civil. traditur. Redditur etiam ratio l. Imperator 50. ff. ad S. C. Trebell. 4 Ratio nova, & singularis ad superiorem questionem adducitur. Legem l. 2. tabul. præsupposita testamentorum forma, non potuisse filiisfamilias dare testamenti factionem docetur. In verbis l. 12. tabul. quid significet verbum uti, demonstratur. Liberam de rebus omnibus testandi facultatem datam fuisse civibus ostenditur. Ex fragmentis l. 2. tabul. tit. 19. & l. 18. circa potestatem testandi verba referuntur. Eam potestatem postea coangustatam fuisse, & per quas leges, traditur. Jurisconsulti sua interpretatione jura constituturæ potuerunt, & constituerunt. 5 Quomodo accipi debeant in verbis l. 12. tab. verba ita jus esto. An quoad modum l. 12. tabul. amplissimam potestatem testandi civibus concefferit? 6 Que fuerit prima testandi forma, prescripta à l. 12. tabul. demonstratur. An filiisfamilias potuissent servare illam formam, calatis comitiis, faciendi testamentum?

Quare in l. 1. qui testament. facer. possunt, dicitur testamenti factionem juris publicæ esse? Explicatur ratio, quare in l. 3. 2. de hered. instit. testamenta ab alieno arbitrio pendere non possint? Aliam formam testandi per as, & libram, postea ex l. 12. tabul. introductam fuisse docetur. 7 In hoc genere testandi per as, & libram duo observari, ex Ulpiano titul. 20. §. 9. ostenditur. Quomodo fiat testamenti mancipatio, itemque nuncupatio, demonstratur. Filiisfamilias, dum in patria potestate est, familiam habere non posse, ostenditur. 8 Filiisfamilias posse facere testamentum probari videtur ex §. 3. instit. de adoptione. Ejus §. questio, & ratio dubitandi traditur? Quare in adrogatione pupilli cautio danda sit à patre adrogatore? Adrogatus filius se, & omnia sua transfert in patrem adrogantem. Cautio illa que à patre datur, ultra pupilli pubertatem non porrigitur. 9 Superior difficultas ex doctrina Antonij Fabri dissolvitur. An post pubertatem de adrogatione filius queri possit, ex l. 32. & sequent. de adoptione, docetur. Regulariter neque filius naturalis, neque adoptivus cogere potest patrem, ut filium emancipet. Inviis filij naturales, vel emancipati ad patriam potestatem redigi non possunt. Circa d. §. 3. instit. de adoptione, l. 22. in princ. §. 1. ff. eod. plurima questionem remissive referuntur. 10 Obstat etiam sententia, quam de incapacitate testandi filiorum familias statuimus, l. 50. ad S. C. Trebell. Illius legis species proponitur, & difficultas ponderatur. Ex comparatione ad aliud quædam res sumit quod ex sui natura non habeat. Circa bana in patrefamilias tria considerari, & que illa sint, docetur. Filiisfamilias ex quocumque contractu sibi alios, & se aliis alligatur. 11 Solutio ad dictam difficultatem, quanta potest, adducitur. Filiisfamilias miles, dum vivit, pater nullum jus habet in peculio Castrensi. Pater ad libitum auferre peculium paganum. 12 Plurima, quibus probatur, filiumfamilias testari posse, remissive explicantur.

UT quis poterit testari quod post mortem ejus valeret, quo tempore testari, aut legare, aut dare non posset, dominusve non esset earum rerum, quarum dominium transcriberet, in id lege opus fuit, l. lege obvenit l. 30. ff. de verborum significat. l. cum qui l. 3. ff. de jurisd. l. si ego 9. §. 1. ff. de jur. dot. cum enim testamento dispositionem suæ voluntatis, que post mortem testantis perfectas vires habitura est, conferat testator in illud tempus, quo non erit dominus, id est quo erit mortuus, ut constat ex definitione testamenti, l. 1. ff. qui testament. facer. poss. & etiam certum sit, morte dominium, sicut, & cetera

cetera omnia smitti, itemque dispositionem qualibet ceteri factam eo tempore, in quod effectus ipsius conferatur, l. Stichus 25. ff. de marum. testament. l. quod ipse 2. l. de cons. ante mort. inde est, quod sine lege, que plurima vis filijsfamilias suppleret, nemo testari poterit: & hac de causa necesse fuit civibus Romanis habere in eam rem, l. 12. tabul. his verbis conscriptam, Paterfamilias mi super sua re legasset, ita jus esto, verbis legis 120. ff. de verborum significat. Ulpian. in fragm. titul. 11. §. testament. l. 12. non est. 2. cap. 2. Sed in dictis locis non referuntur verba integra, l. 12. tabul. ut placuit Cujacio in l. alienationis 28. de verborum significat. Gothofred. in dict. verbis legis 120. & ad l. 12. tabul. lib. 2. titul. 19. §. 1. in fin. illa verò integra ex Comificio Cujacio, & Oluvaldo refert Doctor Josephus Fernandez à Rets lib. 1. miscellan. capite 2. num. 2. PATERFAMILIAS UTI SUPERFAMILIA, PECUNIAVE SUA LEGASSIT, ITA IUS ESTO: Quibus verbis ex eo quod patresfamilias nominavit, eandem potestatem etiam matribusfamilias ad faciendam testamentum tribuit argument. l. si quis ita §. 1. de testament. tutel. l. ait prætor 3 §. 1. Digestis de negotior. gestor. §. fin. institus. qui testament. tutor. dari poss. 2 Ex eisdem verbis aperte deducitur filiisfamilias hanc de rebus suis testandi facultatem concessam non fuisse: idcircoque filiisfamilias testamentum condere non possunt, l. qui in potest. de 6. l. si filius 19. ff. qui testament. facer. poss. l. 1. §. exigis 8. v. s. l. sed si filius ff. de bonorum poss. secund. tabul. l. servum 3. §. 1. C. qui testament. facer. poss. l. ultim. C. de servent. poss. & restitut. princip. institut. quibus non est permiss. facer. testament. Donell. lib. 6. comment. juris civilis cap. 5. Oluvald. ibidem, cum aliis ab eod. relictis liter. K. Joan. Daut. de testament. num. 19. 127. & 147. Cujac. lib. 13. questio. Papinian. in l. qui ex liberis 11. §. testamentum 2. ff. de bonorum poss. secund. tabul. & lib. 1. §. quest. in l. 1. ff. de bonorum poss. furios. infant. & c. lib. 14. quest. in l. testamenti 3. ff. qui testament. facer. possunt, Anton. Fab. in jurisprudent. Papinian. titul. 11. princ. 6. illat. 1. cujus rei ratio est, quia l. 12. tabul. patribus tantum expresse permittit testamenti factionem; & filios, quibus nihil tale dedit, intestabiles, ut antea omnes homines erant, reliquit. Unde constat, testamenti factionem esse ex genere permissorum: quod contra Donellum pluribus argumentis probat Oluvald. supradict. loc. liter. B. Doctor Rets cum aliis pluribus etiam supra adducto loco num. 8. & 9. quod & sentit Anton. Fab. in jurisprudent. Papinian. titul. 8. princ. 3. illat. 4. versio. sunt qui putent: & hæc est prima ratio, quare filiisfamilias ultima elogia condere non possunt, nempe quod illud est ex genere permissorum, & hi solum possunt testamentum conficere, quibus nominatim illa potestas per legem data est, argument. text. in l. simile 10. ff. ad municip. l. Et ea de causa filiisfamilias neque permittente patre poterit testari, de l. qui in potest. ff. qui testament. facer. poss. & princip. institut. quibus non est permiss. facer. testament. l. tam is 25. §. 1. ff. de mort. cau. donat. nemo enim potest alicui concedere facultatem testandi; nisi princeps, aut qui legem condere potest, l. etiam si 3. §. idem est 2. ff. de bon. libert. l. si manus 7. ff. qui testament. facer. poss. l. ex fuito 44. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. sed si accepto 32. ff. de jur. hsc. l. si quando 35. C. de inoffic. testam. Itaque cum pater sit persona privata, & testamenti factio juris publicæ

testamenti 3. ff. qui testament. facer. poss. non poterit sua privata autoritate potestatem testandi filio præstare, ut rectè docet Doctor Rets dict. loc. numero 8. ubi & aliam hanc questionem, scilicet an filius permittente patre possit donare; introducit, & affirmativam sententiam amplectitur ex dict. l. tam is 25. §. 1. Ipse verò numero sequent. rationem rationis quaerit, id est quæ fuerit causa, ob quam filiisfamilias testandi potestatem lex 12. tabul. non dedisset, sicut dedit patribusfamilias: & amplectitur illam; quam Ulpianus tradit in fragm. titul. 20. §. filiisfamilias 10. nempe quod nihil suum habeat, ut testari possit: & hanc Ulpiani rationem explicat non loqui de bonis (si enim de his intelligendus esset Ulpianus, ea ratione non probaret satis causam ob quam non fuit data potestas hæc filiisfamilias: multis enim, & non vulgaribus fundamentis probavimus supra lib. 1. cap. 5. filium in patris potestate existentem olim fuisse capacem sibi acquirendi bona) sed de sacris privatis, quæ familiam constituebant: & circa hanc acceptionem plura scribit, d. loc. num. 9. usque ad num. 15. eam omnino vide. Alij dicunt idèd l. 12. tabul. non dedisse filiisfamilias hæc testandi de rebus suis facultatem, quia lex eam dare noluit: nam si voluisset, sicut patribusfamilias eam dedit, etiam filiisfamilias datura foret: que ratio certè optima multoties mihi visa est, quæ illud, quod ex liberalitate cujusque pendet, si non fuerit datum, rectè dicitur eum noluisse dare. Hujus rei argumentum evidens exiit, in l. Barbarius Philippus 3. ff. de offic. Prætor. ubi Barbarius servus fugitivus à populo Romano prætor designatus fuit, & dum in prætura esset, multa edicte, & autoritate prætoris decrevit: postea declaratum fuit populo Barbarium servum esse: queritur, an revocanda sint ea, que decrevit, dum prætoriam exercisset? Et responset Consultus propter utilitatem publicam, & civium commune bonum illa servanda esse: & rationem reddit in his verbis: Hoc enim humanius est, cum etiam potest populus Romanus servos decernere hanc potestatem, sed ceteri sibi servum esse, liberum effecisset: ergo si servo, qui non solum est in domini potestate, sed etiam in ejus dominio, ut demonstravi supra lib. 1. cap. 2. & dict. cap. 5. prætoriam decernere potuit, eum magis publicam sit prætoris officium: quid prohibere potuit legem 12. tabul. non potestatem testandi filiisfamilias, etiam essent in sacris paternis constituti, condonare? unà de eum eam potestatem non dedisset; aperte demonstravit concedere noluisse. Itaque vera est ratio potestatis supremæ, cum queritur, quare quid non dederit: respondere, quia noluit dare: neque aliam decidendi rationem habet, §. sed & quod Principi placuit, institut. de jur. natur. gent. & civil. nisi ipsam voluntatem Principis, ut rectissime docet Bédouard. in delibatis juris lib. 1. pandect. cap. 10. quia potestas hæc pendens ex voluntate, eminentiori dignitate elucet in Principe, quam in ipso populo Romano, à quo principalem potestatem accepit: quod probant ultima verba, dict. l. Barbarius; ibi: Quod jus multo magis in Imperatore observandum est, text. in l. Imperator 50. ff. ad S. C. Trebellian. ubi servata patriâ potestate Princeps effecit, ut filius bona propria ab invicta patre ablata haberet: quod nisi summa Principis autoritate contra Majestatem patriæ potestatis plenissime observatam fieri non potuit. His tamen rationibus non acquiesce, & idèd aliam subtiliorem in sequentibus dabo: itaque dicitur

eo, idem non fuisse datam testandi potestatem filiusfamilias, non quia l. 12. tabul. eam eis dare noluit, sed quia servata testamentorum forma ipsa lege introducta, etiam si vellet, facultatem illam testandi filiusfamilias concedere non potuisset. Ad explanationem hujus rationis, quæ singularissima est, notari, & ponderari oportet verba legis 12. tabul. quæ concessa fuit civibus Romanis facultas testandi, uti super familia, pecuniæ sua legasset, ita jus esto: ubi verbum uti significat amplissimam potestatem datam fuisse civibus Romanis puberibus de omnibus bonis, & de familia ultimo elogio disponendi, ita ut non coarctatam ad certam rem, sed ad omnes, quæ nomine familiæ continentur, ut in l. pronuntiatio 195. ff. de verborum signific. illam potestatem acciperent: & idem his verbis dicitur, latissimam potestatem tributam fuisse, non solum hæredes instituendi; sed etiam libertates, & legata dandi, quibus vellent testatores dare, dicit. l. verbis legis in fragm. 12. tabul. titul. 19. ibi: Olim leg. 12. tabul. libera erat ligandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum esset, uti quisque legasset sua rei, ita jus esto. & paulo inferius integra referuntur verba 12. tabul. quæ retulimus supra num. 2. quæ quidem aliter repetuntur titul. 18. uti legasset super pecunia, tutelæve sua rei; ita jus esto, de quibus verbis non nihil dixi supra citato loco. Quæ potestas testandi coangulata fuit interpretatione vel legum Falcidie, Furie, Vaconie, Velleæ, Cornelie, Cavinie, Papie, quin etiam Senatufconsultorum, & Constitucionum, vel autoritate jura constituentium, id est, Prætorum, & Jurisconsultorum, ut alibi fusè docuimus ex §. Prætorum, & sequent. institut. de jur. natur. gent. & civil. l. & idem 11. cum suabus seqq. ff. de legibus, l. 2. circa fin. ff. de orig. jur. l. in fundo 38. circa fin. ff. de rei vindicat. & aliis: Itaque illæ leges, quæ coangulatarunt amplissimam de omnibus rebus testandi facultatem, loquuntur circa bona ipsa minoranda, vel de summa illa, amplissimæque potestate constringenda, ita ut testator de omnibus rebus deinceps disponere non posset: cujus exemplum reperitur in l. facidia, quæ libertatem legandi facultatem usque ad dodrantem tantum coarctavit, l. 1. ff. ad leg. Falcid.

5 Illa verò l. 12. tabul. verba, ita jus esto, debent intelligi de modo testandi, quem l. 12. tabul. civibus præscripsit: non enim illa potestas, sicut de rebus omnibus disponendi, absoluta fuit pro uniuscujusque civium voluntate: ita, & modus testandi absolutus fuit pro libito civium; quoniam certum est certam formam ab initio datam fuisse, cujus observatione fierent testamenta; & si illa observaretur, inutile testamentum foret: unde illa verba, ita jus esto, significant, quod si civis Romanus secundum formam à lege datam testatus fuerit, ejus testatio servetur; id est si ita ut lex decrevit faciat testamentum, illud subsistat. Itaque amplissima potestas quoad bona civibus data fuit, non verò quoad modum testandi: de his potuit absolute, & nulla coarctatione disponere: modus verò disponendi coarctatus fuit ad certam formam testandi.

6 His præsuppositis vera est propositio nostra, nempe quod servata testamentorum forma etiam si, l. 12. tabul. voluisset filiusfamilias testandi potestatem dare, non valuisset. Prima testandi forma, quæ statim à leg. 12. tabul. præscripta fuit, est quod publice in urbe fiat in concione apud populum calatis comitiis convocatum, Justinian. in §. 1. institut. de

testament. ordin. Ulpianus in fragm. titul. 20. §. testamentorum 1. Gellius lib. 15. cap. 27. vide Gothofredum in dist. §. 1. idedque quia sic publice testamenta fiebant, & per attestationem omnium civium confirmabantur, dicitur testamenti factionem non privati, sed publici juris esse, in l. testamenti 3. ff. qui testament. facer. poss. l. testandi 13. C. eodem titul. quamvis hanc l. 3. aliter explicet Marc. Lyellama lib. 5. membr. cloga 6. Duar. disp. 30. Robert. 1. sentent. 4. & lib. 4. cap. 4. Revard. 3. variar. cap. 1. & lib. 5. variar. cap. 1. Perreron. 2. animad. 2. Cuiac. apud Gothofred. in dist. l. 3. Hujus formæ exercendæ circa testamentum filiusfamilias durante patria potestate capax non erat: quia pater eum jubere poterat, ne populum quando vellet, convocaret, cum majora circa filium ex vi patriæ potestatis statuere valebat, ut dixi supra cap. 4. & sic à voluntate patris penderet, an filius posset testamentum facere necne; quod erat valde abfuedum, ut publica juris autoritas à speciali hominis voluntate dependens esset contra, l. jus publicum 38. ff. de pact. ad quod respicit etiam ratio in l. institutio 32. ff. de hæred. institut. iure scilicet testamentorum ab alieno arbitrio pendere non debere, l. quid bona 15 §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. nec ex p. torio 27. l. neque pigrus 4. ff. de regulis jur. Hujus testationis forma cum difficilis esset, facile inolevit, postquam in ejus locum alià testandi forma interpretatione prudentum introducta fuit, eaque per æs, & libram fiebat: id est per emancipationem, quam ex alio capite, l. 12. tabul. ubi scriptum erat; Cum nexum faciet, uti lingua nuncupasset, ita jus esto, Jurisconsulti ad compendium populi convocandi faciendum induxerunt, ut paterfamilias si nexum facient testamentum suum nuncuparet, & jus facere posset. Hujus formæ facilitas ad eum placuit, ut sola diutius apud cives duraverit; ut omne, quod utilius est sicut diximus supra hoc lib. cap. 4. & scriptum extat in prim. institut. de testam. ordin.

In testamento per æs, libram, (inquit Ulpianus titul. 20 §. 9.) duæ res arguntur, familiæ nuncupatio, & nuncupatio testamenti: nuncupatur testamentum in hunc modum, tabulas testamenti testator tenens ita dicit: Hac uti his tabulis, cerisve scripta sunt, ita do, ita lego ita testor, itaque vos Quirite testimonium præbistis; quæ nuncupatio, & testatio vocatur. Mancipatio verò fiebat, ut ipse Ulpianus refert d. §. testamentorum 1. præsentente libri pende, & familiæ emptore, & non minus quàm quinque testibus præsentibus. De his duabus formulis testandi agit Doctor Retes lib. 1. miscellan. cap. 21. num. 10. usque ad fin. cap. vide etiam Osvaldum lib. 6. comment. Donel. cap. 6. litter. B. undè cum filius familiæ neque habeat familiam, quam vendere queat, neque possit expectare, ut unquam eam habere possit, dum in patria potestate permanserit, quia qui in aliena potestate est, neminem & nihil in sua habere potest, l. sic evenit 21. & l. præced. ff. ad l. jud. de adulter. Anton. Fab. in jurisprudent. Papinian. titul. 2. princip. 5. illat. 3. versicul. pendente titul. 3. princip. 3. illat. 2. titul. 8. princip. 3. in princip. titul. 9. princip. 4. illat. 2. titul. 11. princip. 7. illat. 18. titul. 12. princip. 1. illat. 16. & princip. 3. illat. 3. ided neque hujus formæ observandæ in testamento condendo capax unquam filiusfamilias fuit: & ided ei l. 12. tabul. testamenti factionem non dedit; quia servatis his testandi formulis, quæ ad usum dicit. l. statim pulularunt, non potuit filiusfamilias hæc facultas concedi.

Tamen

8 Tamen filiusfamilias, capacitatem testandi habuisse probari videtur ex usu cautionis, quæ refertur in §. cum autem impubes 3. institut. de adoption. ubi dicitur, quod si impubes per principale scriptum causa cognita in adrogationem datur, debeat adrogator cavere personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decellerit se restitutum bona illis, qui si adrogatio facta non esset, ad successionem impuberis venturi fuerant, nè adrogator sub obtentu copulæ adoptionis in facultates pupilli, quæ omnino, & diligenter ei servandæ sunt, irruisse videatur, ut eleganter loquitur Imperator G. r. lianus in l. impubem 2. C. de adoption. & nè propter adrogationem defraudi inveniatur illi, qui aliàs in bona pupilli jure successionis venturi erant, ita ut virtute cautionis paterent ab adrogatore opes pupilli, quæ aliàs recto jure obtineri non poterant, quia post adrogationem filiusfamilias factus transit in potestatem adrogatoris cum omnibus, & familia sua, l. generali 2. §. fin. l. adrogato 40. adrogator 15. l. si adrogator 22. ff. de adopt. l. qui literis 11. §. testamento 2. ff. de bonorum possession. secund. tabul. hæc verò cautio, postquam impubes ad pubertatem pervenerit, statim evanescit, dicit. §. cum autem, & l. hæc autem 10. ff. eodem titul. Tum sic: cautio hæc introducta est, ut hi, qui successuri erant, si adrogatio facta non fuisset, sine damno manerent: & quod non poterant adipisci jure successionis, jure cautionis consequerentur: sed hoc damnum imminens durat etiam post pupilli pubertatem: ergo debebat durare hæc cautio, postquam filius adrogatoris puberit, donec à patria potestate exiret: vel si omni damno post pubertatem pupilli immunes sūt, sine dubio jure successionis exindè habebunt ea, quæ antè jure cautionis expectabant: sed nullum jus successionis ab intestato sperare possunt: ergo habent spes succedendi ex testamento, quod potest facere post quatuordecim annos: itaque filiusfamilias testamentum absque dubio condere potuit, quo vitare posset damnum successorum, quibus cavetur: alioquin non video, quare extendenda non erat cautio ultra pupilli pubertatem, cum post eam dum ille in patris potestate remanet, eodem modo ac antè erant, successores fraudati inveniuntur.

9 Hanc difficultatem præsentit Anton. Fab. in jurisprudent. Papinian. titul. 10. princip. 1. illat. 11. & ei sic satisfacit dicendo, quod non videatur causa adrogationis post pubertatem pupilli damnatum illud subire illos, qui successuri erant ab intestato: potest enim alio remedio præter cautionem adrogatoris eos favere, si voluerit; & ubi aliud stat, cautionis remedio uti non debet: illud verò est, quod ex eo tempore, quo adrogatus pubes factus fuerit, incipit posset conqueri de adrogatione, & petere, ut emancipetur; atque ita pristinum jus recuperet, si puter, & probaverit sibi illam adrogationem, & per eam in patria potestate esse, non expedire: quod & Magistratus ei petenti causa cognita solet indulgere; hoc est, si iustum puberis desiderium esse cognoverit, l. non nunquam 32. cum l. sequi. ff. de adoption. quamvis regulare sit, ut filius qui in patris potestate est, nullo modo possit compellere patrem, ut faciat, ne filius sit in potestate, sive naturalis ille sit, sive adoptivus, l. non potest 41. ff. eod. tit. licet è contrario inveni filij naturales, vel emancipati non redigantur in patriam potestatem, l. fin. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. quia licet ex parte patris patria potestas est quid inæstimabile, quod invito pa-

tre auferendum non est, l. filiusfamilias 114. §. si si liberos 8. ff. de legat. 1. ita ex parte illius, qui semel factus fuit paterfamilias, & sui juris, inæstimabilis res est, quod sit sui, & non alieni juris: ergo si impubes adrogatus jam pubes factus voluerit manere in adrogatione, & adrogantis potestate, cum non possit ignorare futurum, ut in eo statu nullam hæredem neque testamentarium, neque legitimum habiturus sit, nulla sit injuria successoribus, quibus etiam invitis, & ignorantibus pubes adrogandum se posset dare; si id crederet sibi expedire: ipsi verò puberi multo minus sit injuria, qui cum posset adrogationem improbare, id efficere noluit, potius in ea permanere maluit, licet aliquo modo videatur adrogatoris reverentia prohiberi per verecundiam, nè de adrogatione conqueri videat: semper enim verum est videri eum id maluisse, l. si a patre cogente 32. ff. de ritu nuptiar. quod si pubes de adrogatione conqueri velit, nec tamen causam ullam satis justam, vel eligat, vel probet, ut Magistratus judicet, expediri ipsi filio adrogato, ut potius in adrogatoris potestate retineatur, non videtur ulla injuria fieri, aut puberi, aut legitimo ejus successori: cum non adrogatori, sed ipsi adrogato prospiciatur: & hæc est causa, quare ultra pubertatem non daret cautio, quam pater adrogans ante adrogationem solet præstare. De explanatione dicit. §. cum autem, & de illa questione, an cautio illa præstanda sit successoribus ab intestato venientibus ad bona pupilli, quando pupillo pater testamentum facit, an verò hærede instituto: de quarta, quæ debetur filio adrogato; de patris adrogatoris patrimonio, ad explanationem l. si adrogator 22. in princip. & §. 1. ff. de adoption. l. Papinianus 8. §. si quis impubes 15. de inoffic. testam. l. ultim. ff. si quid in fraud. patron. l. impubem 22. C. de adoption. vide Anton. Fabrum dicit. illat. 11. & 12.

Obstare etiam videtur sententiæ, qua affirmavi idem filiumfamilias non habere potestatem testandi, textus in l. Imperator 50. ff. ad S. C. Trebellian. & ex eo evidenter probari videtur, filiumfamilias posse facere testamentum, si ponderentur illius verba singulari hæc animadvertione: ibi refert Papinianus, Imperatorem Adrianum decrevisse in specie, qua hæreditas patri relicta fuit, & fidei ejus commissum, ut illum filio suo, quando à paterna potestate exisset, restituere; quia multa in fraudem fideicommissi patrem facere probaretur, eam hæreditatem filio existenti adhuc in potestate patris restitueret, ita ut in ea pecunia quicquam juris, quæ diu filius ejus vivit, pater non haberet: nam quia cautiones non poterant interponi conservatà patria potestate, damnum conditionis propter fraudem infixit: verba, quæ sequuntur, attentè ponderanda sunt: Post decreti autem auctoritatem in ea hæreditate filio militi comparare debuit: Ex quibus sic conficio validissimum argumentum. Ex comparatione res comparata ex re, cui comparatur, aliquid juris sibi sumit, quod ex sui natura non habet, ut annua legata ex legato usufructus, cui comparatur, l. in singulo 8. ff. de ann. legat. in casu, l. decurio 4. ff. de decurionib. l. causam 20. §. puellam ff. de manumissi. l. usque 2. ff. ad S. C. Macedon. §. alius autem 2. versicul. & ad exemplum institut. de donat. itaque Ecclesia, quæ minori comparatur; ex hac comparatione habet participationem privilegiorum; & beneficiorum, quæ jure communi minoribus competunt; textus in cap. 1. extr. de integ. re-

fit. gloss. i. id. verba jure minoris, text. in cap. auditis, ubi gloss. verbo, Ecclesia, text. in §. si minus auct. de non alien. neque permutand. rebus Eccles. Andreas Gail lib. 1. observat. 30 num. 16. ergo hic filiusfamilias, cui bona tradita sunt, quia filio militi comparatur, ex comparatione hoc accipit, ut sicut filiusfamilias miles testamentum facere possit, prin. inst. quibus non est permiss. facere. testament. l. si filiusfamilias 2. ff. de castrens. pecul. etiam is, qui militi filio comparatur, possit condere testamentum. Consequentiam sic proba: dum hic filius adhuc stat in patria potestate prater factionem testamenti cetera ex sui natura habet: ergo per comparationem consequutus fuit, ut testamentum sicut filius miles condere possit. Antecedens sic proba: non solum in filiofamilias, sed (quod magis est) etiam in patrefamilias circa bona tria considerari possunt: scilicet ut possit sibi acquirere: ut possit de his bonis obligari, & alium sibi obligari: & ut possit de his bonis in testamento disponere, l. totum 4. ff. de legib. sed id quod possit obligari, & alium sibi obligare, existens filiusfamilias, habet ex sui natura absque necessitate comparationis, l. tam ex contractibus 57. ff. de judic. l. filiusfamilias 39. ff. de obligation. & action. l. libertus 17. §. filium 2. ff. ad municipal. l. sed si 4. §. sibi 3. ff. quod cum eo, qui in alien. potest. est, l. si quis cum filiofamilias 44. ff. de pecul. Anton. Fab. in jurisprudent. Papinian. tit. 8. princip. 6. Mar. 1. & tit. 6. princip. 5. illar. 3. versio. tract. Donell. lib. 12. comment. juris civilis. cap. 24. Ofwald. ibidem liter. A, idem Donell. lib. 2. comment. cap. 25. lib. 3. cap. 1. in fin. D. D. Martin. de Larreateg. lib. 2. selectar. juris civilis disputat. cap. 4. num. 1. in fin. & etiam ut sibi acquirere possit existens in patria potestate, ex sui natura filiusfamilias habet, ut fuse probavimus supra hb. 1. cap. 5. adductis at id non vulgaribus fundamentis: ergo filiusfamilias ex comparatione ad filium militem facta trahit ad se tertium, quo superest, ut postquam decreto Imperatoris habeat bona, de his possit jure testamentum ordinare.

20 Hoc argumento aliquando virum quendam Doctissimum in Complutensi Academia laude non vulgari dignissimum argere destinavi, & illud hac ipsa forma, ut hic scriptum est, ei objeci circumfidentium omnium plausu: quod ut dissoluam, nihil melius habeo dicere, quam quod ipse Papinianus in sequentibus verbis judicate videtur; nempe quod is filiusfamilias ex comparatione ad filium militem facta non facultatem testandi ad se traxerit, sed amplissimam facultatem agendi, & ex rebus illius hereditatis acquirendi, ibi: Si res a possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oportet; quibus ostendit in his bonis, quæ in suo peculio deinceps filiusfamilias habiturus est, nihil juris habeat pater, dum filius vixerit, ibi: ne quid in ea pecunia quando filius ejus viveret, juris habeat; licet nullum jus habeat pater in peculio Castrensi filij militis, l. ex nota 10 ff. de Castrens. pecul. l. errat. 3. C. eodem. tit. l. ita ut sicut miles actionem, persecutionemque rerum Castrensiū habet, etiam invito patre, l. miles 4. §. 1. ff. de Castrens. pecul. sic etiam iste filius cui bona Imperatoris decreto propter paternam fraudem a iudicata sunt; propter eandem fraudem ea ut propria habeat, similique etiam invito patre actionem, persecutionemque rerum, quæ illo casu ei pertinere cæperunt, Anton. Fab. in jurisprudent. Papinian. tit. 11. princip. 6. illar. 3. item sicut pater non potest adimere

filio militi peculium Castrense, sic non possit tollere huic filiofamilias peculium hoc, quod Imperatoris decretum ei constituit: & in hoc etiam differt à cæterorum filiorum peculii, quæ pater quoadcumque voluerit, eis ad nutum potest adimere, dum id faciat citra fraudem creditorum peculiarium, l. peculium 40. §. 1. in fin. l. non statim 8. in fin. ff. de pecul. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 8. princ. 3. illar. ult. in fin. Itaque hæc omnia filius hic ad se trahit ex comparatione militi filio facta, quæ non haberet, si simpliciter ut filio tradita essent bona, quæ pater dilapidabat: nam eo instanti, quo filio traderentur, ure patrie potestatis iterum ad patrem reverterentur, l. placet 79. ff. de acquir. hered. quod ne contingeret, optime ille filius militi filio comparatus fuit, ut ex hac comparatione non solum bona, sed etiam securam retentionem bonorum, & liberam agendi facultatem independentem à patre consequeretur. Et hæc responsio soluit meo videri radici. us difficultatem præcedentem: nam licet filiusfamilias qualiscumque possit alios obligare, & aliis obligari ipse ex sui natura; non tamen habet amplissimam hanc potestatem agendi, neque omnimodam securitatem retinendi invito patre peculij, quam huic filio ex comparatione militis Imperator Adrianus dedit.

11 Multa jura obijci possunt ei, quod diximus; filiusfamilias non fuisse concessam facultatem testandi; sed quia illa vel facillima sunt, vel jam remanent explicata per Doctorem Josephum Fernandez à Retes supradict. loc. numer. 15. usque ad numer. 27. ideò illa hic non repeto; ne ab aliis explicata, iterum explicanda inutiliter sumamus.

CAPUT VII.

Ostenditur corruptum esse textum in l. qui actu §. qui vacantem 2. ff. ad leg. Jul. de vi public. deinde interpretatur; postea ejus occasione traditur, Imperatorem Justinianum gloriæ cupidum multis Instit. locis sibi adrogate initia jurium, quæ ante eum per Consulatos statuta erant.

SUMMARIUM.

- 1 Quæ pœna vim insipientibus competat, ex §. 8. inst. de public. judic. & l. 1. C. ad l. Jul. de vi publ. & priv. docetur. Quæ sit vis publica, simulque privata, ex §. 6. inst. de interd. definitur. Humiliores capite puniri, & etiam deportatione traditur. Honestiores relegationis pœnam subire solitos fuisse ostenditur. Adducitur l. 10. §. fin. ad l. Jul. de vi public. & l. 6. C. eod.
- 2 An verum sit, quod addit Justinianus, se addidisse pœnam capitis raptoribus virginum, & viduarum, in dict. §. 8. & l. 1. C. de rapt. virgin. & l. 14. Codic. de Episcop. & cler.

Quod

Quod de pœna raptoris statuitur in l. 5. §. 2. ad leg. Jul. de vi public. supponitur, ex l. 3. §. 6. eodem.

An ultimum supplicium, pro depraetatione intelligi possit: & de qua intelligatur? Servatur incorruptus, dict. l. 5. §. 2. & Justinianus in d. §. 8. laudatur.

3 Justinianus ob gloriam multis locis instituit, se invenisse dicit, quod ante eum constitutum fuerat.

In princip. instituit, de nupt. l. 26. Codice eodem l. 28. Cod. de Episcop. aud. sibi advocat, quod Paulus ante eum statuerat, in l. 8. de pact. dot.

Patre furenti, vel captivo, filium uxorem ducere, & filiam nubere potuisse docetur.

Adducitur l. 5. §. 3. de jur. dot. & de qua filia accipiendus sit, traditur.

Solum paribus habentibus filios in potestate, eos dotandi onus injungitur.

Quare in l. 16. de rit. nupt. agatur de filiis, qui sunt in patrie potestate.

Curator furiosus non potest facere nisi ea, ad quæ ipse furiosus, se sana mentis fuisset, teneretur.

An, & quo jure parentes dotare teneantur filios quos non habent in potestate?

4 Idem Justiniani virum, in §. fin. instituit, de nupt. & l. 11. C. de natural. liber. aperitur.

Illud ab aliis Imperatoribus ante Justinianum statutum fuisse, ex l. 5. & leg. C. de natural. liber. docetur.

In matrimonio nunquam retrotrahitur tempus habile ad initium viriosum.

Jure antiquo filii justis nuptiis procreati, sicut novo legitimi fuerunt.

Jure antiquo nemo appellatur filius, qui non nascitur ex iusto, & legitimo matrimonio.

Non potest dici pater, nisi ille, quem nuptiæ demonstrant.

5 Gravissimus scelus Justinianum perpetrasse, in §. 13. versic. minores instituit, de excusat. tutor. docetur.

Verba §. referuntur; & constitutionem, cujus meminit in l. ultim. C. de legitim. tutor. esse ostenditur: itemque in fin. tit. instituit, de tutela.

Minores viginti quinque annis tutores esse non potuerunt, neque exsuscatione opus eis fuit.

Nemo usque ad perfectam ætatem tutor sive datus, sive legitimus esse potest.

Adducitur l. 32. §. 2. de testam. tutel. l. 1. de fidejussor. tutor. l. 41. de fidejussor. l. ult. §. fin. de appellat. l. 4. l. 8. de legit. tutorib. l. 10. C. de his, qui num. liber. quibus agitur de perfecta ætate.

Quæ sit perfecta ætas, ex l. 27. de negot. gest. l. 20. §. 1. de liber. legat. l. 9. §. 9. de publ. & vet. etigal. 2. de minor. ostenditur.

Quæ ætas sit illa, quam Consulatus in l. 16. de jur. fisc. justam appellat, traditur.

6 Redditur ratio, quare minores tutores esse non possunt, neque curatores, & num. seq. Eius ipsam rationem olim viguisse, ex l. 1. l. 7. §. 5. & l. 18. de minor. demonstratur.

Filijfamilias, & servi nihil possunt possidere sibi, & quare, traditur.

Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

Quod

Ex eorum ratione sit argumentum ad removens minores, ne sint tutores, vel curatores. Quare in l. fin. de man. vind. dicatur, pupillum non posse sibi eligere tutorem?

L. 3. §. 1. de liber. homin. exhib. quæ supradictis obstat, ex l. 2. §. 1. de excusl. interpretatur.

7 Superioribus valde obstat Ulpianum in fragm. tit. 11. §. 20. & 22. demonstratur. In d. §. 20. pupillum, & non pupillam legendum esse traditur.

In dictis §§. minores potuisse tutores dari affirmatur.

In dictis locis de tutoribus mulierum, quæ nubere poterant, agi docetur.

Mulieribus an propter ætatem, an propter sexum tutores darentur?

Mulierum tutores negotia earum gerere non potuisse traditur.

8 Illud de perfecta ætate, in l. 4. & 8. de legit. tutor. & l. 6. de tutel. interpreses Triboniano tribuunt.

Contra id asseverantes adducitur, l. 9. §. 1. de tutel. & ration. distrah.

Ejus §. species, & difficultas proponitur, & ponderatur.

Tutor à Magistratu datur, quando aliunde nullus tutor est.

Tutorem habenti tutor dari non potest.

Curator interdum tutorem habenti datur. Explicatur l. 0. §. 2. de excusat. tut. & sententiæ Fabri, quæ n'itur in ea lege, rejicitur.

Ex dictis emendatur, d. §. 13. versic. minores, in l. de excusl. tut.

9 Justinianus in §. 47. inst. de rerum divis. veterum controversi (quæ nulla unquam fuis) se composuisse ait.

An jactus missilium in vulgus traditionem veram faceret, in §. 46. d. tit. docetur.

Ad veram traditionem quæ debeant observari, demonstratur.

Quasi similitudo sit inter jactum missilium, & occupationem rei pro derelicto habitæ, ostenditur. Verbum verius plerumque supponere de re controversa statutum fuisse traditur.

Justinianum credidisse apud antiquos controversam fuisse de acquisitione per jactum missilium, docetur.

Quid in d. §. 47. controversam apud veteres fuerit, explicatur.

An statim, quo pro derelicto quid habetur, ejus dominium amittatur?

10 Idem quod Justinianus statuit, in l. unic. Cod. de ulucap. transform. statutum antea fuisse, ex l. 13. §. 10. de acq. poll. l. 14. §. 1. de ulucap. deprehenditur.

Quid circa accessionem possessionis anterioris possessoris sit statutum tam in herede, quam in speciali successore traditur.

Quomodo accipiendus sit, l. 4. C. de præscr. longa ten. p. ostenditur.

11 Idem Justiniani virum, in §. ultim. instituit, de donat. & l. 1. C. de comm. serv. manum. describitur.

Redditur ratio, quare in servo communi si annus dominus dederit libertatem, alicui ejus pars accrescat.

An ille modus acquirendi peritus accrescendi in servo communi fuerit specialis, an communis omnium rerum?

- Jus non decrescendi ut signum interpretum reprobatur.*
- 22 In dict. §. fin. Imperatorem sibi adrogare gloriam ejus constitutionis ostenditur. Idem, quod in dict. §. fin. statutum antea fuit in l. 30. de liber. caus. l. 29. de except. rei judic. l. 16. ad Syll. l. 18. de vulg. & pupill. substit. l. 51. §. 1. de fideicom. libert. l. 76. l. 77. §. 19. de legat. 2. *Quomodo intelligenda sunt, l. 13. & pen. de jur. codicil. l. 13. de inoffic. testam.*
- 23 Ejus glorie cupiditas in Justiniano notatur ex §. 1. instit. per quas pers. cuiq. acquir. Idem affirmatur ex l. 6. C. de bonis, quæ lib. princ. instit. per quas pers. nobis oblig. acquir. §. 1. instit. de acquir. per adrogat. & n. seq.
- 24 Distinctionem de proprietatis, & usufructus acquisitione ante Justinianum alij Imperatores introduxerunt. Adducitur l. 1. C. de bon. matern. §. 2. instit. per quas pers. cuiq. acquir. l. 6. §. 3. de bon. quæ lib. Adducuntur etiam l. 1. 2. 6. & 7. C. Theod. de matern. bon. l. 1. 4. & 5. C. de bon. quæ lib.
- 25 Eiusdem cause reus Imperator in princ. instit. de milit. testam. notatur. Institutionem, de qua fit mentio in d. §. existere in l. pen. C. eod. tit. ostenditur. Illud ante Justinianum inductum fuisse ex l. 15. C. eod. tit. docetur. Ante Constantinum milites jure militari semper testari potuisse, ex Ulpiano tit. 23. §. 1. demonstratur. Adducuntur l. 1. l. 2. l. 3. §. 4. §. fin. de testam. milit. l. ult. C. eod. tit. Qui dicantur in expeditione esse, & ad quos extendantur privilegia degentium in expeditione, ex l. 1. C. dict. tit. docetur.
- 26 Idem, quod voluntas militis pro testamento habeatur, de quo testamento accipi debeat ostenditur. Quomodo intelligatur §. 1. vers. si ergo instit. de milit. test. & l. 24. ff. eod. docetur. Ex dictis sumitur elegans exemplum ad l. 25. de legib. & e. contra. An semper utile sit militibus, quod eorum voluntas pro testamento habeatur? Ex superioribus explicatur, l. 35. de testam. milit.
- 27 Superioribus ob stare videtur dict. §. 1. vers. quoquo enim modo, instit. de test. milit. Ejus versiculi, qui difficillimus est, sensus aperitur. Exemplum ad rationem, l. 2. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. ex superioribus adducuntur, & e. contra. Idem exemplum ad l. 1. 2. §. 1. de admin. tutor. l. 24. §. 1. l. 7. §. 8. de minor. l. 11. ad Trebel. l. 3. §. 5. de Carbon. edict. adaptatur, & e. contra. Ofwaldi, & aliorum interpretatio ad verba: Convocatis ad hoc hominibus, d. l. 24. de milit. testam. & d. §. 1. instit. eod. refutatur. Nullus actus est, qui non debeat probari, ut creditur factus fuisse.
- 28 Idem contra Imperatorem in §. 2. instit. de acqu. per adrogationem, & princ. instit. de duob. reis animadvertitur. Enumerantur plura, quæ filij parentibus olim.

- acquirere non poterant. Eiusdem rei testimonium adducitur ex §. 1. instit. de stipulat. servor. Ex quo jure sint in dict. §. 1. de stipulat. servor. verba: Ex quibus causis acquirere possunt, demonstratur.
- 19 Eadem culpa Imperatori tribuenda est in §. 1. instit. de empt. & vend. De forma venditionis, quæ in dict. §. agitur, nunquam dubitatum fuisse docetur. Illam venditionem semper conditionalem fuisse ostenditur. Ad id adducuntur l. 43. cum l. seq. l. 113. l. 122. §. 4. de verb. obligat. l. 12. §. ult. l. 16. l. 25. §. 1. quando dies leg. ced. Eisdem ferè regulis locatio, conductio; ac emptio, & venditio, consertur.
- 20 Aliud genus usurpanda sibi gloria in §. 10. instit. de injur. Justinianus exhibet. De omni injuria sive civiliter, sive criminaliter agi posse docetur. Ut civiliter posset de injuria atroci agi, rescriptio Imperatoris Severi decretum fuisse, ex l. 7. §. 6. de injur. ostenditur. An ex ipso edito prætoris potuerit sine rescripto Imperatoris agi, ex l. 37. §. 1. eod. traditur. Actionem injuriarum privatam esse ex l. 42. §. 1. de procurat. (de qua in num. seq.) & l. ult. C. de injur. demonstratur. Ad quid illud rescriptum Severi venerit, exemplum, l. 2. §. fin. versic. primus de orig. jur. ostenditur. Prudens sua interpretatione auctoritatem jura condendi habuerunt.
- 21 In d. §. 10. vers. hoc videlicet observando instit. de injur. quid novi introductum fuerit, demonstratur. De quo genere actionis injuriarum loquatur in dict. l. 42. §. 1. de procurat. l. 11. §. 2. de injur. l. 2. §. ult. ratam rem haberi traditur.
- 22 Eadem nota imputatur Justiniano in §. 32. vers. sed hæc quidem instit. de action. In alternativa obligatione, qua electio debitoris est, plus petit creditor, qui rem specialem petit. Reprehenditur Anton. Fab. ex eo, quod in l. 32. §. 3. de cond. indeb. substulerit verbum Stichum. An dict. §. obstat Paulus lib. 1. sentent. tit. 10. In adjessione in diem quando dicatur melior allata conditio, docetur.
- 23 Notatur etiam versic. sed hæc quidem dict. §. 33. §. 10. versic. hodie instit. de except. §. 24. instit. de action. Constitutiones in dictis locis relatas non fuisse necessarias, & quare; demonstratur. De extraordinariis judiciis Doctor Abbanasus de Olano laudatur.
- 24 In §. fin. institut. de noxalib. action. etiam notatur Imperator Justinianus. In Digestis plura loca supersunt, quibus dicitur filios familias noxe dari. Adducuntur ad id l. 3. §. 4. de hom. liber. ex hib. l. 5. §. 5. l. 49. de obligat. & action. l. 41. §. 2. de fur. l. 3. cum seq. de noxal. action. Sublatam fuisse jure Digestorum illam noxam de conditionem, ex princ. instit. & l. 1. de noxal. action. ducetur.

- 25 Notatur etiam Justinianus in §. 3. & præced. instit. de fideicom.
 - 26 Eadem calumnia afficitur in l. 2. C. de jur. jur. propt. calum. dand. & §. 1. instit. de poen. temer. litigant. Idem statui in l. 44. §. 4. famil. errisc. l. 6. §. 2. de edend. l. 5. §. 14. de oper. nou. nunciat. l. 3. §. 3. de damn. infect. Juramentum calumnia an reis solis, an utrique litigatori præstetur? Hac in re quantum potest auctoritas Justiniani defenditur. An antiquitus juramentum calumnia regulariter in omnibus causis daretur.
 - 27 De parricidij poena nihil novi statui in §. 6. instit. de publ. judic. in l. unie. C. de his, qui parent. vel liber. occid. aperitur, ex l. pen. de leg. Pomp. de parricid. Dict. §. d. l. unie. ex l. unie. C. Theod. de parricid. sumptam fuisse traditur. In d. l. unie. de his, qui parent. & e. in dict. §. 6. quid supplendum sit, docetur. Quid in omnibus institutionibus voluerit Justinianus, ostenditur. Superioribus locis adjungendam esse, l. pen. C. ad l. Falc. demonstratur.
 - 28 In omnibus locis institut. enumeratis, exempla, ad §. 1. præc. instit. Justinianum adducere docetur. Jura omnia Digestorum, & Codicis à Justiniano vim legis habuerunt. Ex supra a ductorum calumnia Majestatis Justiniani honor integer servatur.
- Imperator Justinianus in §. 2. eod. lex Julia de vi 8. Instituit de public. jud. poenam, quæ competit vim sive privatam sive publicam inferentibus, nos docet: imple verò antea in §. recuperanda 6. in fin. instit. de interdict. quæ sit vis publica, itemque vis privata, definit in his verbis: Qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica: sed de vi privata, si sine armis vim fecerit: si autem cum armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur, Paul. lib. 5. sent. tit. 26 §. lex Julia. Poenam hujus criminis ob vim publicam honestioribus personis irrogari deponationem ait Imperator cujus solius meminit, in dict. §. item lex; humilioribus verò poenam capitis, id est gladij. Ob vim verò privatam poena est publicatio tertie partis bonorum, ut statuit Justinianus ibidem: cui poenæ, & ipse assentitur, in l. tutoris 2. C. ad l. Jul. de vi publicæ & privæ, neque hæc poena præcisa fuit absque ullo supplicij argumento; nam ei pro honestioribus personis etiam relegatio adiciebatur: humiliores verò in metallum damnabantur ut ipse Paulus ibidem refert sent. lex Julia de vi privata: Illud, quod diximus de relegatione, sic etiam statutum antea fuisse apparet, ex l. quoniam 6. C. ad l. Jul. de vi pub. vel privæ. & ex l. qui dolo 19. ad l. Jul. de vi publicæ, & damnato de vi publica, solitum fuisse aquæ, & ignis interdictionis poenam injungi apparet ex ipsius legis verbis ibi: Damnato de vi publica aquæ, & igni interdicatur. Cicero Philip. 1. Sed Constantinus Imperator majori odio dignos esse judicans vim inferentes, in d. l. quoniam 6. statuit, quod si quis percussus fuerit sive vi publica, sive vi privata; vim talem inferenti supplicij capitale, id est gladij omnino irrogetur. Hæc percurramus brevi pede, ut ad d. §. item lex Julia de vi vers. si autem, celeritè accedamus: In eo versiculi Justinianus, quod si per vim raptat virgo, vel vidua, vel sanctimonialis, & c. can. & Hieronym. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

ipso raptore, & illi, qui opem raptoribus dederint, capite puniantur; id est poenâ gladij; ubi Justinianus sibi blanditur ostendens, & affirmans id suum esse; & legi Julæ à se accommodatum, & adhibitum fuisse propter vim quæ committitur in simili raptione, l. unie. C. de raptu virgin. & raptore 14. Cod. de Episc. & Cleric. Sed vereor, ne ante Justinianum id dicte legi Julæ adhibitum fuisset per Jurisconsultos nam idem statutum fuisse reperimus, tum de vacante muliere, id est virgine, vel viduatum de nuptiis, in l. qui caru §. qui vacantem 2. ff. ad leg. Jul. de vi publ. Facillimè tamen crederè hoc Jurisconsultis impostum fuisse, & non per eos statutum; nam Martianus in l. in eadem 3. §. prætere. 4. simplicius ait poena legis Julæ de vi publica puniri qui paeram, vel feminam, vel quenquam per vim stupaverit: nisi ibi intelligas, ultimum supplicium, pro deponatione, & non pro poena gladij; quæ quidem deponatio succedit in locū aquæ, & ignis interdictionis, sed de illa, cui injungitur amissio libertatis, ut pluribus explicavimus supra lib. 2. c. 5. n. 11. in fin. & seqq. & ided ultimum supplicium dicitur, quia per illud quasi adimi vitæ creditur, cui civitas, & libertas admittitur: undè quia illi simplici poenæ deponationis, seu aquæ, & ignis interdictionis, quæ competit propter quamlibet vim publicam, qui dolo 10. §. fin. d. tit. adjungitur summi supplicij poena in specie, dicitur l. qui caru §. qui vacantem. Ided cognoscimus propter improbiorem vim, & Reipublicæ nequiorè, quod per judicem, qui poenâ exequitur, deponationis poenæ amissio etiam libertatis injungatur: & sic absque vitio hujus textus incorrupta sententia, & ejus scriptura potest servari: & in d. §. qui vacantem, rectam jurisprudentiam continet deinceps fatendū erit. Quare negare nō possumus rectè Justinianū in d. §. item lex Julia de vi, sibi adrogare inventionem illius poenæ capitatis punitiois raptoribus irrogandæ; cum quod ibi dicitur capite eos puniendos esse, intelligi debeat de gladij poena, quæ toto cælodivèrsa est ab ea, quæ in d. §. qui vacantem; per Consulatos antea dabatur cum hæc fuerit poena deponationis aucta per amissionem libertatis.

Occasione tamen ejus, quod diximus Justinianū nempe in d. §. item lex Julia de vi; ut suam, quæ antea à Consulatis statuta erat, sententiam statuisse (licet eū quantum potest defendere curavimus) non possumus non admonere Lectorem, quod Imperator Justinianus gloriæ valde cupidus multis institutionum locis sibi ipsi adroget inventionem aliquarum decisionum; quas multo ante ejus sæcula Jurisconsulti suis prudentissimis responsis ediderunt, & pro jure statuerunt: & ita circa hanc rem quas ego observaverim Imperatoris decisiones, in sequentibus proferam. In princ. tit. instit. de nupt. hæc scripserunt: Undè questum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit; cuiusque super filio variabatur, nostræ processu decisio, quæ permissum est ad exemplum filie furiosi filium quoque furiosi posse, & sine patris intervètu matrimonium sibi copulare; secundum datum ex nostrâ constitutione modum: in quo §. mentionem suæ constitutionis facit, quæ extat, in l. si furiosi 25. C. de nupt. & in l. eam dementis 28. C. de Episcop. aud. quibus in locis sibi hoc adrogat: & tamen habemus Jurisconsultum Paulum ejusdem jam olim sententiæ assertorè rem, in l. quoties 8. ff. de pact. dotal. in his verbis: Quoties patre furente, vel ab hostibus capto filius familiaris ducit uxorem; filiaque familiaris nubit; necessarid etiam pactio cum ipsi duxerit: dotis nomine fieri potuit. quod & Ulpianus præsupponit, in l. præfati 11. d. §.

5. §. sed si curator 3. ff. de jur. dot. dum hoc scribit: Sed est curator furiosus, vel prodigi, vel conjugibus alterius dotem dederit, similiter dicens dotem profectitiam esse; ibi enim agitur de patre furioso, cujus curator dotem dedit filie ejus nubenti, quae erat in patris potestate: nam solis patribus, qui filias habent in sua potestate, in jure est onus dotandi, capite 19. ff. de ritu nuptiar. ubi idem agitur de filiis, qui sunt in potestate patris, vide D. D. Martin. de Larreacategui lib. 4. selectar. jur. disputat. cap. 1. o. num. 1. & lib. 8. cap. 10. numer. 13. cap. 11. numer. 5. & praecipue numer. 17. & 19. & cap. 12. passim praecipue numer. 10. & 12. alias enim licet patres possint dotare etiam emancipatas, & tunc nihilominus dos profectitia est; quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit d. l. profectitia §. pater pen. ff. de jur. dot. non tamen ex necessitate compelluntur ad constituendam dotem emancipatis: idemque in l. dos à patre 4. C. de solut. matrimon. concepta quaestio est de filiafamilias nominatim: nam si isem jus esset in emancipatis, in d. text. delendum erat filiafamilias. Sic etiam Donnellus lib. 12. comment. juris civilis cap. 4. ex necessitate teneri patres ad dotandas filias existentes in ejus potestate, & ad id compellendos esse asserit: ceteras vero filias dotare non teneri civiliter, sed tantum naturaliter, l. cum is 3. §. 2. mulier 2. ff. de cond. indeb. idem in d. l. lib. cap. 2. De necessitate dotandi vide Anton. Guib. de dotib. Paul. Ciprae de sponsal. cap. 6. §. 2. num. 7. Anton. de Padilla ad aurb. res qua C. comm. de legat. r. 42. & segg. Oluvald. d. lib. 12. Donell. cap. 4. liter. B. Et ita curator patris furiosus non poterat dare dotem ad quam constituendam pater ipse non teneretur: curator enim non nisi id, quod necessarium negotium furiosus est, facere potest, l. ab agnato 12. ff. de curat. furios. Ergo accipiendus est d. l. §. sed si curator, de patre furioso, cujus filia existenti in ejus potestate, & nubenti ex necessitate officij dotem curator dedit.

4. Idem contigit Justiniano in §. aliquando fin. d. l. titul. instit. de nupt. ubi statutor, ut per subsequens matrimonium in potestate parentum constituantur illi liberi, qui ante nuptias nati fuerant; & hoc se statuisse ait: cum certum sit, quod Imperator Zeno in l. Divi Constanti 5. & Imperator Anastasius in l. sequent. Cod. de naturalib. liber. idem autem Justinianum statuisse. Sed hoc vitium Justiniano frequens fuit, qui aliorum legem super habita memoriâ, seu laude, suas tantum decisiones refert; quasi in ea re, de qua agitur, primò inventas, & conscriptas; uti efficit, in l. cum quis 10. Codice d. l. titul. ubi specialius, & manifestius legitimum liberorum jus concedit his quoque, qui ante justas nuptias nati sunt; quod quidem effecit hoc modo priorem conjunctionem confirmando, nè liberi ante suscepti minus justis essent, quam post justas nuptias factas suscepti: idque contra jus antiquum sic constituit, quo jure nonquam alius retrotrahatur matrimonium, quam ab ipso contracto matrimonio ritè rectèque celebrato, l. si uxor 13. §. si quis uxorem 6. ff. ad l. Jul. de adulter. princip. instit. de nupt. l. Paulus 11. ff. de stat. homin. l. quid ergo 13. ff. de his, qui notant. infam. Cujac. libro 10. quaestio. Papinian. in l. dotis 68. Digest. de jur. dot. Sed concedemus Justiniano, supradicta, se primum statuisse, & parni habeamus Zenonem, & Anastasium: nam dicit adhuc quae sequuntur, in d. l. §. fin. instit. de nupt. ibi: Quod & alii liberis, qui ex eodem matrimonio postea fuerunt procreati, similiter nostra constitutio praebet, se primum statuisse: est nè hoc verum? Minime: nam jus an-

tiqum apertissimum est, ut legitimi in patria potestate sint, ut liberi ex justo matrimonio nati, princip. instit. de patr. potest. qui titulus sumptus est, ex litem in potestate 3. & seq. ff. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt, cum nemo filius dici possit, nisi qui ex viro, & legitima uxore nascatur, l. filium 6. Digest. eodem titul. neque alius pater dici possit, quam ille, quem nuptiae demonstrant, l. qui semper ff. de in jus vocando: Ergo hoc, quod ibi ait Justinianus multò ante ejus saecula, imò à principio juris civilis constitutum erat: sed tamen cum non haberet necesse, ut de his filiis statueret, obiter tamen (ut & aliàs solet, constituit, in d. l. nuper 11. versic. & multò magis Codic. de natural. liber. & in d. l. §. fin. de nupt.)

Gravius peccavit Justinianus in §. item major. 13. §. versic. viros autem instituit de excusat. tutor. ubi haec scribit: Item major, septuaginta annis à tutela, & cura se potest excusare: minores autem viginti, & quinque annis olim quidem excusabantur; nostra autem constitutio prohibetur ad tutelam, vel curam aspirare, adeò ut neque excusatione opus sit. Quae constitutio cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: cum sit incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & alii regantur, aliorum tutelam, vel curam subire: Constitutio, de qua facit mentionem Justinianus: extat in l. ultim. Codice de legit. tutel. cujus etiam meminit in fin. titul. de fiduc. tutel. Supradictis verbis demonstratur ante illam constitutionem minores viginti, & quinque annis potuisse esse tutores, seu curatores, & nè fierent, excusandos esse: quod Jurisconsultis, quorum tempore denotat verbum illud olim, de quo satis diximus supra libro 1. capite 1. numero 3. & libro 2. capite ultim. indignum esset, & ab eorum prudentia alienum: & idem apud ipsos expressum est, ut non admitterentur ad tutelam, neque legitimi tutores esse possent: ipsi enim legitimam, & perfectam aetatem in tutoribus, vel curatoribus, vel tutelam, vel curam gerere possint, semper requirunt, ut ex multis juris partibus aperte ostenditur, l. quæro 32. §. Lucius 2. Digest. de testament. tutel. l. 1. Digest. de fidejussor. tutor. l. si actor 10. Codice de appellat. l. si fidejussores 41. Digest. de fidejussor. l. creditor ultim. §. fin. in fin. Digest. de appellat. l. 1. Codice de curat. furios. l. eos qui fin. Cod. de his, qui n. m. liberor. vel paup. excusant. l. quo defuncto 4. l. si reliquero 8. Digest. de legitim. tutor. & legitima aetas, perfecta aetas, ea dicitur, quæ viginti quinque annorum est, l. ex duobus 27. Digest. de negotior. gestor. l. Aurelio 20. §. 1. Digest. de liberat. legat. l. interdum 9. §. Divus quoque 9. Digest. de publican. & velligal. & commiss. l. minor 32. Digest. de minor. Gothofred. in d. l. l. ex duobus 27. de negotior. gestor. abundè, & in d. l. l. 1. ff. de fidejussor. tutor. & hanc aetatem justam appellat Consultus in l. ait Divus 16. ff. de jur. fise. ut hac voce ostendat solam hanc esse idoneam, seu tutelæ gerendæ, seu qua omni tutelâ, vel curâ liberentur: ergo falsum est quod Imperator docet, olim minores rectè dari tutores, & excusatione opus esse, si tutores esse voluissent.

Uterius minores nè esse possent tutores, ea ipsa ratio antiquitatis spadebat, quæ nunc suadet: hoc est imbecillitas aetatis, ut appellatur, in l. ait prator 7. §. sed est §. in fin. infirmitas, in l. minor 18. Digest. de minor. & ut in l. 1. eodem inter omnes constat fragile esse, & infirmum hujusmodi aetatis consilium. Idem etiam alia, quam Consultus non ignoravit ratione suadet: nam si aliàs filius-

familias,

familias, & servus aliter nihil posse possidere sibi, nihil proprium habere, vel acquirere, quia ipse est in alterius potestate, & quasi possessione, ut tradidimus supra lib. 1. cap. 2. num. 5. & passim in hoc opere eodem modo dici debet pupillum non posse habere tutelam, neque minorem curam aliorum, quia ipsi in alienam tutelam, vel cura sunt: & hoc certè ita erat, & semper fuit ante Justinianum. Et ea de causa ante eum dicitur pupillum nec tutorem suum eligere posse, l. fin. ff. de manum. vind. nam perbarratum est, (ut ibi dicitur) in eligendo tutorem suam videvi esse judicium pupilli, cujus in omnibus rebus ut infirmum judicium tutore auctoritate regitur, l. pupillus 9. ff. de acquirend. hered. & licet contra hanc rationem videatur oblatre quod Ulpianus respondit, in l. quod & lex 3. §. sed est videri 11. ff. de hon. liber. exhib. nempè quòd pupillo, vel mulieri interdictionum de libero homine exhibere potest, detegere, & probare ea, quæ necessaria sunt in publicis judiciis, & in casu hujus interdictionis, quid prohibebit illum quoad eligendum sibi tutorem, & sua cura ad alios admittendos: id tamen non obstat, quia §. ille intelligendus est secundum, l. certis 2. §. 1. Digest. de accusat. quòd superiora faciat pupillus, & consilio tutoris, nullatenus supradicta eventit.

7. Sed valdè oblatre videretur Ulpianus in fragm. tit. 11. §. ex lege Julia 20. ubi: si legitimum tutorem pupillum non habeant (sic legendum est pupillum, non pupillum) §. §. item ex Senatus consulto 12. ubi: Item permittit in pupillo paroni filio. Quibus in locis statuitur mulieri non omnino alios tutores in locum legitimum, qui pupilli essent ex l. Julia de nuptiar. ordinib. vel senatusconsultis datos fuisse, sed tantum ad nuptias contrahendas ad dotem dicendam, vel promittendam, vel ad hereditatem adeundam consequens fuit, in ceteris rebus, & negotiis pupillos, qui legitimi tutores erant tutores mansisse, quamvis pupilli essent, nedum si minores viginti quinque annis essent. Sed respondendum est ibi non agi de pupillorum sive pupillarum tutoribus, sed de mulierum tutoribus; quæ quidem non erant pupillæ, cum de his nubendis ageretur, & pupillæ nubere non possint, l. penultim. ff. quando die legat. ced. mulieribus enim tutorem dabatur non propter aetatis, sed propter sexus imbecillitatem; idèoque in perpetua tutela erant, Ulpian. d. l. titul. 11. in princip. de quo plura ex variis Authoribus congestit Oluvald. lib. 3. comment. Donell. cap. 14. liter. C. itaque mulieribus non erat necesse alios tutores dare, quando legitimum tutorem habebant, etiam si pupillus, vel minor fuerit; usque rei ratio est, quia mulierum tutores auctoritatem tantum in negotiis interponebant, negotia vero non gerebant: secus pupillarum, vel pupillarum tutores, nam semper negotia gesserunt: idèd si pupilli erant, tutores in eorum loco alij dandi fuerant. Ulpian. d. l. tit. 11. §. pupillarum 25. Ergo ex his tutoribus ad eos, de quibus agitur in d. l. §. item major versic. minores autem instituit de excusat. tutor. non potest confici rectum argumentum.

8. Ut supradicta effugiant interpretes, dicunt illud de perfecta aetate scriptum, in d. l. l. quo defuncto 4. d. l. l. si reliquero 8. ff. de legitim. tutor. l. tutela 26. ff. de tutel. subreptitiè, & insipienter impostum fuisse à Triboniano, Gothofred. in d. l. l. tutela Heronym. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

la 16. sumpta conjecturâ, ex d. l. §. item major instituit de excusat. l. ultim. Cod. de legitim. tutorib. §. in statu de fidei. tutel. Sed Triboniani omnino obliviscimus, idèd consequens erit dicere olim pupillos legitimos tutores fuisse, & nè ferent excusari debuisse? Cujus ergo erit illud, De legitima aetate, tam frequenter repetitum, & inculcatum in Pandectis? Quia nimirum grave esset pro substinendo unico §. Triboniano, vel imperito interpreti cui-dam tribuere: nè verò id fiat, oblatre Ulpiani locus apertus in l. si tutor 9. §. 1. ff. de tutel. & ration. distrahend. ubi ex Neratio ait: Si duobus impuberibus fratribus tutor datus sit, & alter eorum in legitimam tutelam fratris sui perfecte aetatis constituti reciderit, eum, qui datus est, tutorem esse desisse: si pupillus, aut minor viginti quinque annis legitimus tutor fratri esse potuit, cur in ea specie post unius viginti quinque annorum aetatem alter demum in legitimam ejus tutelam reciderit, in quam non reciderat ante viginti quinque annorum aetatem; Si à principio tutor fuisse, non diceret Consultus post illam unius aetatem, alteram in ejus tutelam reciderit. Uterius: cur in eo casu, quo alter minor alterius minoris recipere tutor esset legitimus, dicitur à Consulto duobus impuberibus fratribus tutor à Magistratu datus? à quo tunc solùm datur tutor, cum nullus aliunde tutor est, tunc testamentarius, si ve legitimus: nam tutorem habenti tutor dari non potest, l. cum jure 9. C. qui petant tutor. l. si fororis 9. Codice qui duri test. vel curat. §. interdum 5. instituit de curator. l. idem fiat 27. ff. de testament. tutel. l. tutor 27. ff. de admini. tutor. cur non fuit curator datus, qui dari solet interdum tutorem habentis, l. solet 13. ff. de tutel. l. curatorem 25. ff. de tutor. aut. l. si tutor 9. ff. de tutel. & ration. distrah. l. 1. Cod. quand. tut. vel curat. esse desinit, d. l. §. interdum 5. instituit de curator. ergo legitime affirmamus neque ante Justinianum tempore Jurisconsultorum minores viginti quinque annis tutores legitimos fuisse. Neque Antonio Fabro cum Justiniano contrarium affirmanti in Jurisp. Papin. tit. 24. illat. 4. vers. quemadmodum credendum est: neque text. in l. non solum 10. §. si libertus 7. ff. de excusat. tutor. quo nititur Faber, quicquam contra nos facit; quia uti Gothofredus ibi, ait, verbum curator ambiguum est, & eo significatur tam tutor, quam curator: & in d. l. §. tutorem significat. Ex quibus aperte cognoscitur irreptitia esse apud Justinianum in d. l. §. item major, illa verba: Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur: Alia verò, quæ ibidem sequuntur, ejus gloriae nimiam cupiditatem denotant, dum his sibi adrogat, quod multò antè ejus saecula per tot Consultorum responsa suâ prudentiâ per interpretationem inducta statutum erat.

Eodem laudis desiderio denotat Justinianus se veterum Prudentum controversiam, ubi nulla unquam fuit, composuisse, in §. quaratione 47. instit. de res. divis. his verbis: Sed verius esse videtur. In §. praeced. ostendit jactum missilium in vulgus facere traditionem, non tamen certam, specialem in hunc, vel illum hominem sed generalem tantum in eum; quicumque acceperit, vel quantum accipere potuerit, facit lordinem 2. C. de Consulib. & non spargend. ab his pecun. & C. Traditio certa, & specialiter facta est de manu in manum translatio, Theophil. in §. per traditionem inst. d. l. in jactu verò missilium licet sic de manu, non tamen in manum translatio est, in §. quaratione 46. ff. de tutel. subreptitiè, & insipienter impostum fuisse à Triboniano, Gothofred. in d. l. l. tutela Heronym. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

missum, & occupationem rei à domino pro derelicto habere, ut quemadmodum Praetores, & Consules missilia astant in vulgus, quamvis nesciant quid, vel quantum cuiuscumque futurum sit, ac proinde non videantur consentire, id cuiusque hereditatem eius sit qui acceperit: quia quod casus tulerit, quem casum dominus voluerit, inem dominus, qui missilia astat, voluisse videtur: sic res à nobis pro derelicto habere statim hanc ejus, qui eas occupaverit: propterea quod cum quis pro derelicto habet, simul intelligatur voluisse res pro derelicto habere alicujus fieri. Itæ hæc assumptis sic Justinianus ex l. si id quod §. §. ff. de derelict. sed non ea fideliter recitavit, cum his addiderit supradicta verba: Quia ratione veritas esse videtur, quibus ostendit aliquando controversum fuisse, quod nunquam fuerat: nam hoc verbo veritas plerumque decidunt Jurisconsulti controversias, vel quaestiones, l. si quis merces 7. ff. pro derelict. l. item si 15. §. ff. l. si a bone fidei 2. in fin. ff. de rei vindicat. l. 1. §. accusacionem 10. ff. ad S. C. Turpill. l. 1. §. 1. ff. de procurator. l. naturalem §. 1. in fin. l. adeo 7. §. cum quis 7. versicul. est tamen, l. pupillus 1. l. 1. §. supra 28. ff. de acquirend. rerum domin. l. possideri 3. §. ex contrario §. ff. de acquirend. possession. l. si cui 14. ff. de ann. legat. l. ultim. ff. de liber. cau. l. in bello 12. §. 1. in fin. ff. de capt. & possim. revers. l. fin. §. ff. de contrah. empt. l. si pater 36. ff. de solut. de quo videnda etiam sunt, quæ scriptimus supra lib. 1. cap. 7. num. 12. Itaque Justinianus, nisi sibi persuasum haberet illud de acquisitione per actum missilium apud veteres controversum fuisse, non scripsisset illa verba: Veritas esse videtur, quibus controversia deinceps componeretur, ubi nulla utquam fuerat. Quod ergo controversum fuit apud Consulos, est illud, quod scriptum est, in dict. §. qua ratione 47. versicul. pro derelicto, ibi: Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecit, ut id in numero rerum suarum esse nollet: ideoque statim dominus esse definit: & id sine dubitatione, & sine verbo veritas, quo significaret id antiquitus controversum fuisse, statuit secundum Ulpiani, & Pauli mentem, in l. 1. & 2. ff. pro derelict. qui & illam sententiam acceperunt à Juliano, qui Sabinianus fuit, contra Proculianos, qui affirmabant rem domini esse non delinere, donec ab alio possideretur, & occuparetur, l. falsus 43. l. qui ultimum 4. ff. de fert. facit. l. quod meo §. 1. ff. de acquirend. possession. l. quemadmodum 38. §. 1. ff. de noxal. actio.

10 Simile superioribus est, quod de accessionibus possessionum Justinianus scripsit in l. unio. Cod. de usufructu, nempe quod ipse usum accessionis possessionum exendisset etiam ad eos, qui possident ex causa lucrativa: illius verba hæc sunt, Ut in omnibus his casibus ab initio cum bona fide capiat secundum quod exigit longi temporis prescriptio, & continuatur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris, & commutetur in decem annorum, vel viginti annorum spatium, & tricennium; quod & in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis anterioris iusta desentio, quam in re habuit, non interruptatur ex posteriori fors alienæ rei scientia, si ex titulo lucrativo ea capta est: nam id ipsum statum reperio apud Ulpianum in l. Pompeius 13. §. sed & legatario 10. ff. de acquirend. possession. & apud Paulum in l. id tempus 14. §. 1. ff. de usufructu. ibi: In re legata in accessione temporis, qua restatur possidet, legatarius quoadammodo quasi hæres est: in hoc tempore differentia observanda est, quod hæredi vitium anterioris possessionis nocet, l. si ego 11 §.

partus 2. de public. in rem action. l. cum hæres 11. ff. de divers. & temporal. prescript. l. cum miles 30. ff. ex quib. caus. major. l. litigator 2. C. de fruit. & litium exp. Et hoc modo accipiendus etiam est text. in l. distincta 4. C. de prescript. long. temp. quod hæredi si e ulla distinctione contingit, sive velit possessione testatoris uti, sive nolit, nisi à se ipso inceptam habere: legatario verò vitium testatoris, vel donatario vitium donatoris tunc solum nocet, quando uti velint accessione possessionis sui antecessoris: si ve d nolior eà uti, sed incipere à se ipsis possidere. tunc vitium sui testatoris, sive donatoris eis non nocet, l. an vitium §. ff. de divers. & temp. prescript. d. l. Pompeius 13. §. 1. ff. de acquir. possess. Donell. lib. 3. com. jur. civ. l. ap. 2. C. J. ad l. nemo §. 4. ff. de reg. jur. O. u. vald. ad Donell. d. cap. 2. l. lit. F. Ant. Fab. in jurisp. Papin. tit. 2. prin. §. illat. 3. vers. pendet, & tit. 6. prin. §. illat. 9.

Apertius supradictam vitium ostendit Justinianus in §. erat. olim. instit. de donat. & in l. 1. C. de com. serv. manum. refert enim in his locis, quod tempore Jurisconsultorum (id tempus demonstrat verbum illud olim positum, in dict. §. fin. ut ostendimus supra lib. 1. cap. 1. num. 3. & lib. 2. cap. ultim. ex eorum interpretatione ita jus statutum erat, ut si alter ex dominis libertatem ex sua parte servo communi daret, illa pars, quæ dantis erat pro indiviso accresceret alteri, qui ex sua parte libertatem dare recusavit. Ratio, quæ Jurisconsultos movit, hæc fuit, quod socius ille ex iusta manumissione veluti testamento, vel vindicta non poterat servo communi totam libertatem præstare, quia non erat solus dominus, l. servus communis §. ff. de stipulor. servorum, neque etiam ejus partem, quia libertatis natura individua est: & idem vel in totum, vel nulla ex parte competere potest, l. qui gravi 11. ff. de jur. condic. l. cum pater 77. §. cum existimaret 29. ff. de legat. 2. l. 1. & 2. Codice de com. serv. manum. l. ea que 192. ff. de regulis juris. Antonius Faber eleganter in jurispræsent. Papinian. tit. 3. p. incip. 2. illat. 6. unde quod superest in datione illa libertatis, nihil aliud esse potuit, quam ex illa parte, qua libertas dabatur, haberetur servus pro derelicto: quæ de causa socio eam occupanti accresceret, quia non videbatur aliter statui potuisse absque magna injuria socij, qui ex sua parte servum manumittere voluit, l. si privatus 17. ff. qui & à quib. manum. liber. non fiant, Ulpian. tit. 1. §. communem 18. Paul. lib. 4. sentent. tit. 12. in princip. Cæterum modus ille acquirendi non erat specialis, seu novus ab alijs acquirendi generibus distinctus, sed erat modus acquirendi per occupationem ejus, quod dominus habuit pro derelicto: de quo non nihil diximus supra n. 9. vel acquisitioni quasi per allusionem, l. si Titio 33. ff. de usufr. vel eodem jure accrescendi, quod inter hærede, & legatarios intervenire solet: de quo fusè scriptimus supra lib. 1. c. 12. eam eodem modo, in d. §. erat olim, dicitur, quod manumittentis pars socio accrescit, quibus non ineleganter refutatur opinio interpretum, qui respuunt jus accrescendi, & jus non decrescendi admittunt, ut Antoninus in d. cap. 12. n. 3. & hæc ita de jure antiquo, ut ostendit Imperator Justin.

Ipse verò, cui maxime displicuit hoc jus apud Jurisconsultos observatū, gloriatur dicens se invenisse viam, per quæ, & manumissor, & socius ejus, & etià qui libertatē accipit, ejus beneficio fruatur. libertate cum eff. etu procedente, id est quod facta estimatione illius partis, quæ pro indiviso cõpetebat alteri socio nolenti manumittere servum, & pretio ei tradito, plenissimam servus

si quis consequatur libertatem, ut fufius scripsit in l. c. 1. de com. serv. man. & nos etiam plura diximus supra lib. 2. cap. ult. Tamen hæc viam per ipsos Jurisconsultos in varijs juris partibus statutam ante tempora Justiniani reperimus. Julianus in l. duobus 30. (ut ex eo prius observationem nostram confirmemus §. ff. de liber. cau. hæc nobis scripta reliquit: Commodius autem est favore libertatis liberum quidem eum esse: compelli autem pretij sui partem viri boni arbitrari vitori suo præstare. Papinianus in l. judicate 29. ff. de except. nam & cum alterum ex cohæredibus inofficijs quaestio tenuit, aut etiam duobus separatim agentibus alter obtinuit, libertates competere placuit: ita tamen, ut officio judicis idem vitori vitoris, & jurisque manumissionis confutetur. Marcellus in l. domino 16. ff. ad S. C. Syllan. ibi: Domino à familia occiso servus communis necem ejus detexit, favore libertatis liber quidem fieri debet: pretij autem partem sibi contentatem socium committat portet. Ulpianus in l. si servus 18. de vulg. & per illar. substitut. in fin. princ. ibi: Equitatis ratio suggerit, ut ipse pretium partis sua domino offerre possit & libertatem, & hæreditatem consequi l. elio 31. §. 1. ff. de fideic. libertat. ibi: Cum intestato mortuus fidei filij commississet, ut servum manumitteret, & posthumus ei natus fuisset; Divi fratres rescripserunt, quia dividi non possit ab utroque præstandum, facit etiam dict. l. cum pater 77. §. cum existimaret 29. ff. de legat. 2. l. cum filius 76. ff. cod. tit. & sic intelligendi sunt textus in l. illud 12. & l. pen. ff. de jur. coactil. nam quod in dictis legibus deciditur, summo jure statutum intelligi debet: aliud verò observaretur equitate juris, & libertatis favore, ad si servus 18. de vul. & pup. substit. & alijs factis adductis, Cujac. lib. 9. quaest. Papin. in dict. l. cum filius 76. ff. de jur. c. dicit. lib. 7. respons. Papin. in dict. cum filius circa fin. & lib. 8. respons. Papin. in dict. l. cum filius 77. §. cum existimaret 29. ff. de legat. 2. Joan. Dav. de testam. num. 150. Eodem modo intelligendum est quod Imperator Gordianus docet in l. cum duobus 13. C. de inoffic. testam. ibi: Neque legatus, neque fideicommissa dabantur, quæ in libertatem & directam darent, & fideicommissarie præstari debent, dato scilicet partis pretio ei, qui in judicio inofficiosi tenuit; & text. in l. aliud 13. ff. de jur. coactil. Cujac. ubi proximè & lib. 14. quaest. Papin. & in l. nam est 15. §. filius 2. ff. de inoffic. testam. Sic etiam intelligendus est textus in dict. l. gravi, ibi: Placuit libertatem à solo filio præstandam redempta scilicet parte fororis per ipsum filium. Ergo Justinianus falsè sibi persuasit hanc novam viam, de qua in dict. §. ult. instit. de donat. se primum omnium invenisse, cum multo ante ejus sæcula per varios juris Authores hæc eadem inventam, stabilitam, & pro jure susceptam fuisse passim percipiamus. Cæterum summo perè miror doctissimum virum Jacobum Cujacium dictis in locis nullam hujus §. mentionem fecisse.

23 Eundem sibi auctoritatis, & gloriæ gradum affectat Justinianus in §. igitur 1. instit. per quas pers. cuiq. acquirit, ubi refertens jus antiquum, quo quidquid filij acquirebatur, pleno jure statim parentum herent (loquimur de filiis in parentum potestate existentibus, ut fufissimè docuimus supra lib. 1. cap. 5.) hæc addidit: Quod nobis inhumanam visum est, & generali constitutione omisso, & liberis peperimus, & partibus bonorum debitam reservamus: sancitum enim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totam parenti acquiritur: quæ enim invidia est, quod ex patris occa-

sione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familiæ acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat; dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens lætiosum ei procedat: quibus verbis ostendit hoc jus in hac constitutione comprehensum à se primum introductum fuisse in l. cum oportet 6. C. de bonis, quæ liber. ibi: Ea suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum acquirat: & eorum usumfructus quidem apud patrem, vel avum, vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, remaneat: dominium autem filius familiæ inhæreat ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus causis filius familiæ acquirarum rerum. Idem se statuisse ostendit in princ. instit. per quas pers. oblig. nob. acquirat. in his verbis: Quod autem fuerit alicuius, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit alicuius, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis, & usumfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietatis autem filio servetur, scilicet patre actionem moriente secundum novella nostra constitutionis divisionem: Quæ omnia ad acquisitionem, quæ fit per adrogationem, extendit in §. nunc autem 2. instit. de acquir. per adrogat. ibi: Nunc autem nos eandem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum: nihil enim aliud, nisi tantum modo usumfructus tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filios familiarum acquiratur in his rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro reservato.

Hujus distinctionis proprietatis, & usumfructus introductionem, quam sibi Justinianus adrogat alij Imperatores ante eum constitutionibus suis introduxerunt, & statuerunt. Sic Imperator Constantinus in l. 1. C. de bon. matern. rerum, quæ ex matris successione, sive ex testamento, sive ab intestato fuerint ad filios devolutæ; usumfructus apud patres, in quorum potestate filius familiæ sunt, esse voluit; dominium verò earum rerum ad filios debere pertinere decrevit l. 1. & 2. C. Theodos. de matern. bon. & de his constitutionibus sentit Justinianus in §. hoc quoque 2. instit. per quas pers. cuiq. acquir. & in dict. l. cum oportet 6. §. cum autem 3. C. de bon. quæ liber. Sic etiam Gracianus, Valentinianus, & Theodosius, item Arcadius, & Honorius idem statuerunt in his bonis, quæ à materno genere, id est à parentibus matris, avo, proavo, proavia in filie, vel neptis filios, vel filias, nepotes, vel neptes per hereditatem, vel alio modo pervenirent, l. 6. & 7. C. Theodos. de matern. bon. Sic Theodosius, & Valentinianus statuerunt in his bonis, quæ inter se vir, & uxor contulissent, dum constaret matrimonium, vel supremo judicio alter ab altero accepisset l. 1. C. Theodos. tit. de bon. quæ filiis fam. ex matr. acquir. l. 1. C. de bon. quæ liber. Sic Imperatores Leo, & Antoninus in l. quacunque 4. & seq. C. de bon. quæ liber. qui nihil aliud faciunt, quam superiores constitutiones renovare, vel prosequi in donationibus ante nuptias: quas omnes constitutiones nominè adventitorum cuiuscumque generis comprehendit Justinianus in dict. l. cum oportet, & in dict. §. igitur instit. per quas pers. cuiq. acquirat. Ex quibus aperissimè demonstratur nihil novi in dictis locis inventum fuisse ab Imperatore Justiniano, nisi ei videatur se primum omnium eam distinctionem proprietatis, & usumfructus introduxisse ex eo, quod ea de re ejus constitutio sit amplior, una constitutio

tionem comprehendens alias, generalior, & clarior: quod si licet a hoc, ut sibi præcipiat omnem introductionem dictæ constitutionis causam, ut in superioribus testamibus, & ex postea dicendis etiam apparebit.

15 Idem Justinianus *princ. instit. de milit. testam.* postquam res et constitutionibus Principum datum fuisse militibus, ut quomodo possint, & quomodo velint, nullâ juris observatione retentâ testari possint; addit, id intelligendum esse, dum milites in expeditione sint occupati: & hoc asseverat suâ constitutione introduxisse his verbis: *quod merito nostra constitutio introduxit.* Idem *ait in l. pen. cujus in dict. §. mentionem facit, ibi: ne quidem putarent (it quit) in omni tempore licere militibus testamentum quoquo modo viderint, componere: sancimus his solis, qui in expeditionibus occupati sunt, memoratam indulgeri circa ultimas voluntates considerandas beneficentiam.* Sed ante Justinianum illud de expeditione introductum fuisse ab Imperatore Constantino aperte scriptum extat in *l. miles 15. C. eod. tit. ibi: Adhuc in expeditione degentes, si uxores, aut filios, aut committiones suos postremo cujuslibet generis homines complecti voluerint suprema voluntatis affectu, quomodo possint, ac velint, testentur &c.* Ex quibus constat id, quod de expeditione se introduxisse Justinianus dicit, à Constantino sumptisse utque ad eujus tempora milites semper jure militari testari potuerunt. Ulpian. in *fragm. tit. 23. §. milites fm.* quasi semper in expeditione, vel potius quasi in tota militia æquè rudes, & imperiti milites essent: quæ ratio fecit, ut eis quasi rusticis remitterentur omnes testandi solemnitates *dist. princ. instit. de militar. testam. l. 1. l. 2. l. ejus militis 34. §. ff. de testam. milit. ratio rem hanc reddit Justinianus in l. ult. C. de jur. deliber. ibi: arma etenim magis, quam jura scire milites sacrosanctus legislator existimavit.* Itaque apud Ulpianum supra *dist. loc. in fm.* nulla alia distinctio circa militum testamenta adhibetur, quàm illa de militiæ tempore, & post missionem: *neque enim ille solus militat, ut Seneca ait lib. de tranquill. anim. qui acie stat, & cornu dextrum, laevumque defendit; sed & qui portas tuerit, & statim minus periculosa, non otiosa tamen fungitur, vigilatque servat, & armentario præest &c.* quod si verum est, ut est, rectâ consequentiâ dicendum illa verba, quæ in *fm. l. 1. C. de testam. milit.* scripta reperiuntur, scilicet: *nam voluntas militis in expeditione occupati, adiecta fuisse à compositoribus respicientibus Justinianij constitutionem: nam Antonini temporibus, cujus est illa l. 1. nulla distinctio, ut diximus, erat circa eos, qui in expeditione, vel extra eam erant, ad quam l. vide Vacon lib. 3. declar. 34.*

16 Obiter etiam admonere volumus quod observatione dignum est, ut milites possint facere testamentum quoquomodo voluerint, seu expresserint, id pro testamento habendum, ita ut nulla juris solemnitas observetur, & attendatur de testamento in scriptis per militem factò intelligi debeat, non de testamento nuncupativo: nâ in nuncupativo militis testamento testes adhiberi debent rogati, sine quibus tale testamentum nullatenus valeat: & sic intelligendum est §. *plane in testamentis, v. s. si ergo instit. de militar. testam. & text. in l. Dins Traianus 24. ff. eod. tit. cujus rei ratio sumenda est ex l. nulla 25. ff. de legib. ibi: Quia nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut que salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriori interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem: & certum est, quod si in nuncupativo militis testamento*

idem admittentur per interpretationem nostram, quod expresse statutum est in testamento in scriptis per constitutiones Principum, nempe quod non sit necesse rogare testes ad solemnitatem hujus testamenti, in perniciem ipsorum militum privilegium hoc derogaretur: sed huic privilegio in testamento nuncupativo moderandum esse debere visum fuit, ne aliter valeat, quam si testes rogati, & vocati essent: propterea quod alioquin nihil facilius accedere posset, quàm militi non serio, sed joco heredè sibi nuncupasse: quo casu miles quoque ipse privilegium suum ut molestem, & sibi perniciosum faciliè accusaturus esset, cum propter id privilegium nihil jocosè loqui de suis bonis ei imponè liceret: ita ut si accideret ei quidquam loqui, id statim pro testamento haberetur: & quod forsitan per risum dixisset, pro sententia mentis reputaretur: quo nihil durius excogitari potest. In testamento verò scripto nullum tale periculum evenire potest, cum plerumque ex scriptura ipsa desiderium absque ullo fallitatis indicio circa testamentum voluntates deprehendatur, facit, *l. nolumus 10. C. de testam. l. licet 19. Digestis de pact. & ideo ubi ad est scriptura, licet illa imperfecta sit, dum tamen ex ea voluntas deprehendatur, perfecti testamenti voluntatem obtinet, ut Paulus Jurisconsultus docet in l. miles 35. ff. de testam. milit.*

Hæc cum vera sint ex ipso Justiniano in *dist. §. 17 plane*, non potest facile percipi, quem sensum habeant illa verba, quæ apud eundem reperiuntur in *princ. tit. quoquo enim modo volunt, à ejus suprema inveniantur, sive scripta, sive sine scriptura valeat testamentum ex voluntate ejus*: Ex quibus aperte ostenditur idem exigi in testamento militis nuncupativo, ac in scripto: cum in utroque nihil præter voluntatem, ex qua totum jus testandi pendet, requiratur: sed illa verba hunc sensum habent, quod quantum ad strictas illas solemnitates testamentum paganorum, in quibus septem testes adhiberi necesse erat §. *sed cum parlatim 3. instit. de testam.* idem observetur in testamento militis nuncupativo, ac in scripto: nulli enim septem testes requiruntur, quod illis verbis significari vult Justinianus, non verò excludit, ut aliqui testes requirantur in testamento nuncupativo, veluti duo, vel tres ad vitanda illa pericula, quæ diximus *num. præced.* quæ ut vitentur, ipsis militibus interest. Et similis est illa ratio ei, quæ assertur in *l. si dominus 2. ff. de his, qui sunt sui, vel alieni, jur. ex Divo Antonino, cur auxilium servis contra sævitiam dominorum dandum sit? & respondit, quia dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur his, qui jure de precantur, in l. cum plures 2. §. 1. ff. de administr. tutor. ubi pupillus nō potest vindicare rem suam à tutore legitime distractam ex eo, quod inutile foret id pupillo ipsi, quia si administratio illa tutoris non servaretur, diffiilimè, vel prorsus nullo modo inveniretur, qui res pupillares emere vellet, *l. quod si minor 24. §. 1. ff. de minor. ibi: Non semper autem ea, quæ cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum, & æquum rei, enda sunt, ne magno incommodo hujus atatis homines afficiantur, nemine cum eis contrahente, & commercio eis interascente l. ait prætor 7. §. questum 8. eod. tit. ibi: quod circumspectè erit faciendum. Ceterum nemo accedet ad emptionem rerum pupillarum, nec si bonâ fide distractantur l. si mulier 11. ff. ad S. C. Velleian. ibi: Alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid actura sint l. Carbonianum 3. §. duo 5. in fm. ff. de Carb. edict. ibi:**

ibi: Non debet adversus pupillos observari quod pro ipsis excogitatum est. Ex quibus omnibus legibus affirmatur exemptis, & decisionibus privilegia, quæ conceduntur, eo usque debere uti, dum utilia sunt; non verò dum in damnam ejus, cui concessa sunt, declinant. Sic ergo, quia privilegium militibus datum, ut testari possint sine testibus rogatis, quomodo possint, & quomodo velint, noceret ipsis militibus, si illud in testamento nuncupativo etiam observaretur: idèd in eo necesse est, ut aliqui testes rogati interveniant. Itaque probandum non est, quod plurimi apud Osvaldum *lib. 6. comm. Donel. cap. 28. liter. P. credunt, & docent illum versic. controversatis ad hoc hominibus dist. l. Dirus Trajanus 24. et §. plane v. s. si ergo de milit. testam. accipiendum esse, non quasi testes in testamento ullo militis necessarij sint pro testamento solemnitate, sed ut per eos probari possit illam esse testantis voluntatem: id enim non erat necesse exprimere magis in testamento militis, quàm in aliis actibus sive militum, sive paganorum: cum sine probatione nihil credatur ejus factum esse cujus esse dicimus: & idèd exigitur probatio semper sive instrumentis, sive testibus.*

18 Eadem observatio notanda est in §. 2. *instit. de acquisit. per adrogat. de quo diximus hoc cap. num. 13. & seqq.* Idem quod scribit Justinianus in *princ. instit. de duob. reis versic. nam si Titius à jure antiquo sumptisse constat ex l. si ex re 28. §. si ipse 2. ff. de stipulat. servor. facit l. duos 6. §. duo rei 3. ff. de duob. reis.* Ex eodem jure sumptis Imperator verba ultima §. *sive autem 1. instit. de stipulat. servor. ibi: ex idem juris est in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt; ubi illud: ex quibus causis acquirere possunt, non est novi juris, sed antiqui, quo existimatur usus fructus, usus, & habitatio; & denique omnia illa, quæ non bonis coheret sed personæ; vel non semel acquiruntur, sed quotidiè, l. ejus 2. C. de patr. potest. l. si pater 15. ff. de adapt. l. Stichum 95. §. questum 5. Digestis de solut. l. quod dicitur 30. l. denique 3. §. quid minor 7. versic. sed est l. Emilium 38. §. 1. ff. de minor.*

Hanc decisionum ambitionem non obscurius ostendit Justinianus in §. *sed & certum est 1. instit. de empt. & vendit.* ubi postquam in principio *tit. versic. pretium* scripsit, nullam posse esse venditionem sine pretio profæquitur dicens; pretium onis certum esse debere: *alioquin (inquit) si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empti: inter veteres satis abundè hoc limitabatur, constaret nē venditio, an non: sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio, QUANTI ILLE ÆSTIMAVERIT sub hac conditione staret contractus, ut si quid ille, qui nominatus est, pretium definerit, tunc omnimodo secundum ejus æstimationem, & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non paruerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio staret. Quod quis cum in venditionibus nobis placuit, & in locationibus, & in conductionibus trahere l. ult. C. eod. tit.* Sed de hac quæstione credo apud veteres nunquam dubitatum fuisse, quia hæc conventio constituit emptionem, & venditionem, sicut & alium quem libet contractam; sed illam esse conditionalem l. si quis arbitratur 43. cum l. seq. l. cum stipulatus sum 133. §. Agerius 4. ff. de verb. obli-

gat. l. nec semel 12. §. ult. l. cum ita 16. l. cum illud 25. §. 1. ff. quando dies leg. ced. de quo vide plura, quæ scripsi nus supra lib. 2. cap. 9. num. 15. & seq. Itaque in hoc loco, sicut & in aliis supra enumeratis actum egit Justinianus, ante eum enim hæc verba: *quanti æstimaverit Titius, in emptione, venditione, conductione semper conditionalem fecerunt contractum: ergo non est pars juris tribuenda vigiliis Justiniani, sed adaptanda omnino est prudentia Jurisconsultorum, qui ante eum id statuerunt.* Idem de locatione, & conductione, de qua loquitur in *fm. dist. §. sua constitutio admittam fuisse dicendum est, quia eisdem feri regulis conscribenda est ac emptio, & venditio *princ. & §. 1. instit. de locat. & conduct. vide quæ scripsi nus supra lib. 3. cap. 9. num. 1. & seqq.**

In §. *in summa 10. instit. de jur. cum dicit posse quem criminaliter, vel civiliter agere de omni injuria; criminaliter, id est extra ordinem ad vindictam publicam, & poenam aliquando corporalem; civiliter, id est ad æstimationem injuriæ, & utilitatem actoris, l. locatio 9. §. quod illud 30. ff. de publican. & veltig. & commis. licet sibi non præcipiat laudem hujus introductionis; rem tamen, & modum ejus introducenda tacet, quem nos ostendimus. Itaque ut civiliter possit agi etiam de atrocij injuria, impetratum est rescripto Alexandri Severi, l. prætor 7. §. potest 6. ff. de injur. Sed non multum aberrabit à vero, qui dixerit absque ullo Imperatoris rescripto ex ipso edicto prætoris eodem modo agi potuisse, l. constitutionibus 37. §. 1. eod. tit. ubi nulla sit mentio istius rescripti Divi Severi: ratio est, quia et si pro utilitate publica injuriarum actio criminaliter exerceatur, privata tamen est, l. licet 42. §. 1. ff. de procurat. l. ult. C. de injur. Dicendum tamen est rescriptum illud intervenisse, non ut novam quid indaceret, sed ut certius jus statueret, & auctoritatem majorem ex rescripto Imperatoris ei tribueret, sicut contigisse diximus alibi *ex l. necessarium 2. §. fm. versic. primus Dirus Augustus, quo in loco dicitur ab Augusto primum Jurisprudentes sumptisse auctoritatem condendi jura suis responsis, cum multo ante eum Imperatorem frequens usus fuisset prudentum, ut patet ex dist. l. 2. §. his legibus latis: ratio est in §. post. originem 13. dist. l. Itaque eorum interpretatione jus constituebatur, l. & ideo 11. cum duob. seqq. ff. de legib. l. 1. §. 3. ff. usufr. accresc. §. responsa 9. instit. de jur. natur. gent. & civil. l. qui habet 3. §. fm. ff. de tutel. l. 1. ff. de privat. delict. l. si ita 13. §. 1. ff. de liber. & posthum. de quo vide plura apud Osvaldum *lib. 1. comm. Zonel. cap. 7. liter. K.* ex quibus cum certum sit suis interpretationibus prudentes jura constituisse; Divus Augustinus eis non dedit novam, quam antea non habuerant, juris condendi potestatem, sed illam certiorẽ eis tribuit; cum ex ejus constitutione, & Imperatoris maximi auctoritate id possent deinde facere, ut explicat eleganter Anton. Fab. in *jurisp. Papinian. tit. 2. princ. 9. in princ.***

In *versic. hoc videlicet observando dist. §. in sum 21. ma*, ubi refert constitutionem Imperatoris Zenonis, nihil novi introductum est, quando actione injuriarum civiliter agitur, l. non solum 11. §. agere 2. ff. de injur. ubi observatur, quod regulare est, scilicet civiliter per procuratorẽ agi posse, *princ. instit. de his, per quos ager. possunt.* Ubi verò criminaliter agitur, ibi est, quod dicimus, novum introductum fuisse per Zenonem in *l. ult. C. de injur.* aliàs enim certum erat criminaliter non posse agi per procuratorem, quippe

quippe causa publica est l. i. ff. an per alium cau. ap. pellant. redd. poss. Paul. lib. 5. sent. tit. 16. sent. neque accusator & in tit. 4. ait, injuriarum non nisi praesentes accusare posse, quia crimen quod vindicte, aut calumnie iudicium spectat per alios intendi, non potest. Contra tamen est si civiliter actione injuriarum agatur: & de hoc genere agendi, puta civiliter, intelligendi sunt text. in d. l. licet 42. §. 1. ff. de procurat. dist. l. non solum 11. §. agere 2. ff. de injur. l. sine 22. §. ult. ff. ratam rem hab. & similes.

22 Superiorum simile contigit Justiniano in §. si quis agens 33. versic. sed haec quidem insit. de action. quo in loco tractans de plus petitionibus, in versic. huic autem, ait, quod si quis esset creditor ex alternativa obligatione, cum electio debitoris sit, plus creditor petere dicatur, si alterutram rem specialiter petatur: quod declarat ibi duobus exemplis inter se similibus sic: quemadmodum qui de duobus alternatim promissis, quorum incerti est stipulatio l. uni autem 75. §. qui illud 8. ff. de verb. obligat. alterum certè petit, plus petit, quia auferat debitori electionem, quem praestare velit: eodem modo qui de genere promissio, quod utique infinitum est, & ob eam causam incertum, dicit. l. ubi autem in princ. l. certum 6. ff. de reb. credit. l. cum post divortium 69. §. gener. 4. ff. de jur. dot. facit l. cum Titio 55. ff. ad l. falcid. certam petit speciem, is plus petit, quia eodem modo electio debitoris est ex ista stipulatione, ac ex illa, l. cum is 32. §. fin. ff. de cond. indeb. l. si de jussorem 52. ff. mand. l. cum certum 2. ff. de tritic. vin. & leo legat. l. plerumque 10. §. fin. ff. de jur. dot. l. si in emptione 34. §. pen. ff. de contrah. empt. l. miles 8. §. 1. ff. de re judic. Neque invenio causam, cur Anton. Fab. in ration. ad text. in l. cum is 32. §. qui hominem 3. ff. de cond. indeb. ex dist. versic. huic. autem auferat verbum Stichum: nam ibi specialiter de homine Stichum agit, ut in alternativa obligatione sit homo specialiter obligatus vel decem: & quod paulò inferius hominem dicat, non addendo Stichum, nihil contradicit; quia verbum homo, refertur ad ea, quae proximè scripserat, nempe hominem Stichum: neque tanta loquendi cura opus fuit Justiniano in ea re, cum sive generaliter de homine ageretur, sive specialiter de homine Stichum, idem jus statuendum ibi erat, scilicet ut plus peteretur, quia electio debitori auferebatur, Sed, notandum est neque ei, quod ibi in versic. praeterea Justinianus uradit, puta: si quis generaliter hominem stipulatus sit, & si specialiter Stichum petat &c. quin etiam & civilissimum sit, quod quis petat; nihilominus tamen plus petere intelligitur, oblatre Paulum lib. 1. sent. tit. 10. ibi. Qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulant: nam incertum stipulatus certum petens, & civilissimum sit quod petitur, omninò ejusdem speciei rem meliorem petere videtur: quid enim sit melius, definiendum est non communiter, sed formalis pretio, seu ex commo., & voluntate sola promissoris, cujus electio est; sicut in emptione, & venditione, cui in diem adiectum est, illa videtur melior allata conditio, quam venditor approbaverit, licet re vera illa, quae affertur, melior non sit l. si venditor 14. §. sed si neuter 2. & seq. ff. de in diem adiect. facit. l. fin. ff. de usu, & habitat.

23 Superiora antiquitùs obtinuisse docet Justinianus, & illa emendata nunc esse per Zenonis constitutionem: quod ostendit his verbis, Sed haec quidem antea in usufuerant; postea vero lex Zenonia, & nostra rem coarctavit: & si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis diva memo-

rie loquitur constitutio: sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum in omne si quid forte damnum ex hac causa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commissi tripli condemnatione (sicut supra diximus) puniatur, & prioris litis impensas refundat §. temporales, 10. vers. hodie autem insit. de except. constitutionem suam, de qua in dist. versic. mentio nit, indicat eam esse, quam supra in §. tripli 24. insit. de action. refert: utraque constitutio, tam Zenonis, quam Justiniani ex Balilicis translata est ad tit. C. de plus petition. Sed constitutiones illae non videntur necessariae fuisse, cum temporibus eorum Imperatorū iā iudicia fuerint extraordinaria, quibus iudiciis nulla huiusmodi formulae erant. l. actio 47. ff. de negot. gest. l. si quis 12. ff. de religiof. & sumpt. funer. de his extraordinariis iudiciis vide quae maxima diligentia, & ordinatione scripsit Doctor Athanas. Oreiza, & Olano lib. 1. paralipom. & elector. jur. civil. cap. 9. per totum, & praecipue num. 26. & seqq.

In §. fin. de noxal. action. docet Imperator Justinianus apud veteres iuris Auctores statum fuisse, ut filifamilias, sicut servi noxae dari possent: sed id cōsuetudine ante eū sublātū fuisse ait his verbis: Sed veteres quidem hoc in filiis familiarum, masculis, & feminis admiserunt; nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem rectè respiciendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. quibus denotat nulla ejus vestigia remanere in Pandectis; tamen id satis non fuit exequutum ex ejus voluntate; extant enim adhuc in l. quod & lex 3. §. si eum qui 4. ff. de hom. liber. exhib. l. si quis §. is quoque 5. in fin. l. ex contractibus 49. ff. obligat. & action. l. si cum quis 4. §. quandiu 2. ff. de furt. l. noxali 33. cum l. seq. ff. de noxal. action. Ostenditur etiam sublātum fuisse in §. insit. de noxal. action. & l. 1. ff. eod. tit. dum coarctatur actio noxalis ad facinora tantum servorum; l. si servus 4. ff. de cond. furt. l. 1. §. filiusfamilias 7. de his, qui effuder. vel deiecer. Unde manifestè apparet; quod in his, quae controversa adhuc erant, Pandectarum, seu Digestorum compilatores nihil speciale nomine Justiniani aliquando statuisse ad rescandans veterum controversias, & dubitationes: in his verò, ubi nulla dubitatio antiquitùs erat, & jus rectum inveniretur, passim ejus nomine dicant nostra constitutio, sancimus, statuiimus, & similia.

Suo ingenio adaptat etiam Justinianus quod in §. §. fin. autem 3. insit. de sacrosanctis scriptum nobis reliquit: prosequitur enim ibi propositum, quod inceptorat in §. id hodie praeced. tamen id iure antiquo statutum erat ante Justinianum: quod quia explicuimus supra hoc lib. cap. 4. num. 7. & seq. illuc vos remitto.

Sibi etiam Imperator adrogat iusiurandum de calumnia actoris, & rei in l. cum & iudices 2. C. de jur. propr. calumn. dand. & in §. ecce 1. insit. de pœn. tener. litigant. ibi: Ecce enim jus iurandum omnibus, qui conveniuntur ex constitutione nostra deferretur &c. & paulò inferius de actore haec addit: Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione novell. 49. cap. ult. novell. 124. cap. 1. novell. Leon. 97. & 107. si verum esset, quod ante Justinianum actori, & reo non deferretur iuramentum calumniae, delendus esset omninò Paulus in l. inter coheredes 344. §. qui familiae 4. ff. famil. ercisc. ibi enim idem quod Justinianus hic statuit his verbis: Qui familiae erciscunda, & communi dividendo, & finium regundorum agunt, & actores sunt, & rei, & idè jurare debent, non calumniae causa litem intendere, & non calumniae causa ad inficiis ire. Neque etiam admit-

tereus us

teremus, versic. & idè, Triboniano adscribendum esse, uti vult Cujac. in novis ad dist. §. & Giphon. in l. actionis 32. ff. de obligation. & action. num. 12. non tamen adhuc sine controversia esset Justinianus; resisteret enim ei Ulpianus in l. si quis ex argentiariis 6. §. exigitur 2. ff. de edend. & in l. pupillo 5. §. qui opus 24. ff. de oper. novi nunciat. (de cojus legis explicatione novissimè agit Guilielm. Matus lib. 4. Jungul. opinio. cap. 16. per totum) l. qui bona 13. §. qui damni 3. ff. de damn. infect. vide de hoc iuramento calumniae, au reis solis, & actoribus simul darentur, Osvaldum cum pluribus ab eo adductis lib. 24. comm. Donel. cap. 3. liter. E. Itaque Justiniano antiquius est, ut actores etiam jurent de calumnia: ne tamen ei omnem culpam obijciamus, credi potest ante eum aliquem usum fuisse iuramenti calumniae, sed non ita regulariter omnium causarum, & litium; neque dabatur absolute ex lege, ut hodie datur, sed praetore auctore exigebatur dist. §. qui opus dist. §. qui damni. l. cum plures 15. §. fin. ff. de reb. aut. judic. possidend.

27 Idem Justinianus parricidij poenam, novam appellat in §. alia deinde lex 6. insit. de public. judic. credens illam constitutione Constantini, quae extat in l. unic. C. de his, qui parent. vel liber. occid. & ex qua sumptus est dist. §. introductam fuisse: illa verò poena antiquissima est, quam Modestianus Jurisconsultus constitutioni Divi Adriani tribuit in l. poena parricidij pen. ff. de leg. Pompei. de parricid. dicta, l. unic. sumpta fuit ex l. unic. C. Theodos. tit. de parricid. sed cum aliqua interpolatione conscripta fuit: nam quod in dicto Codice. Theodotiano sic legitur: Si quis in parentis, aut filij, aut omnino ejus affectionis, qua nuncupatione parricidij continentur, facta properaverit &c. sic in Codice Justiniani legendum est: aut omnino affinitatis ejus, qua nuncupatione parentum &c. sic etiam in dist. §. alia deinde insit. legitur: itaque loco affectionis ponendum est verbum affinitatis. Dicta l. unic. C. de his, qui parent. vel liber. occid. de industria à Justiniano aliter conscripta fuit, quam illa. l. unic. C. Theodos. de parricid. ex qua sumpta est: in dicto verò §. insit. nihil aliud mutare voluit, sed eodem modo, quo l. unic. de his, qui parent. vel liber. occid. C. scripserat nullo mutato in institutionibus inserere: & cum in institutionibus dicat affinitatis, credibile est etiam in dist. l. unic. affinitatis, non affectionis scripsisse: nihil enim aliud in omnibus institutionibus voluit Justinianus, quam breviter exponere & quod antea obtinuerat, & quod postea desuetudine inumbratum imperiali remedio illuminatum est, ut trademus num. seq. De §. l. Julia de vi, diximus in princ. hujus cap. quibus jungendus est text. in l. pen. C. ad l. falcid. de qua inferius cap. 10. per totum agam ex professo, vide quae ibi num. 171 dicam.

28 Si aliquis has observationes, quas ad Imperatorem Justinianum fecerim, perlegerit; non credat me illas adduxisse, et errores Imperatoris Majestati imputarem (reverenter enim colo ubique Majestatis nomen) sed potius ut ex eodem deducerent exempla ad illud, quod in praem. institution. §. in quibus 5. scriptum reliquerat: ibi enim promissit se nihil aliud in institutionibus actorum, quae breviter exponere & quod antea obtinebat, & quod postea desuetudine inumbratum Imperiali remedio illuminatum est: & licet ita scribendo ostendere videatur decisionem se valde ambiciosum fuisse, hoc tamè ut crimen non potuit Justiniano imputari: cum omnia, quae in Digestis, & Codice scripta reperitur, non propter Con-

sultos, & Imperatore antiquiores, qui ea jura prius constituerunt, sed propter auctoritatem Justiniani sua Digestorum, & Codicis confirmatione eis vim legum praestantis substineantur, ut constat, ex §. hoc igitur 19. de confirm. Digest. & ex Epist. quam ad Senatum scripsit, §. haec igitur 19. & §. sequent. in jin. ibi: Si enim his, quae ab illis scripta sunt, omnibus Imperialium constitutionum dedimus robur: Quid est, quod in his amplius quoque minus haberi debeat: Et idè tot in supradictis locis se constituisse ait id ipsum, quod antea constitutum reperitur apud Jurisprudentes, quia vim legis obtinent, quasi ab ipso constituta, non quasi ab aliis inventa: & sine crimine vocat suas constitutiones, quibus ut iura essent, & ut leges observarentur, sua constitutione dedit.

CAPUT VIII.

Explicatur antinomia insuperabilis; quae extat inter l. 1. §. denique 1. ff. de usufr. accresc. & l. & Proculo 20. ff. de legat. 2. & inter l. cui fundus in fin. & l. qui heredi 44. §. si duorum 8. ff. de cond. & demonst.

S U M M A R I U M

- In princip. l. 1. de usufruct. accrescend. regulà circa jus accrescendi usufructus proponitur. Quando pluribus conjunctim relinquitur usufructus; datur inter eos jus accrescendi. Adducuntur l. 8. usufruct. quemadmodum caveat. Paul. lib. 3. regular. tit. 6. §. cum conjunctim. Quando Usufructus partes separatim pluribus legantur, non datur jus accrescendi. An usufructus servo duorum communi relicto, & utrique pro portione dominij, quod in servum habent, acquisitus, si alter partem suam repudiet, alteri non repudiandi acquiratur? Hanc questionem apud Proculianos, & Sabiananos valde agitatam fuisse docetur. Proculianos negasse dari jus accrescendi; ex l. 20. de legat. 2. constare videtur. Rationes urgentissima, quibus Proculiani moti fuerant, referuntur.
- Sententia Iuliani, qui Sabiananus fuit, dicentis; in l. 1. §. 1. de usufr. accresc. dari jus accrescendi admittitur, & illustratur. In hoc usufructu servo communi relicto personam servi potius, quam dominorum inspicendam esse traditur. Partem semper optare redditum ad tantum summas unde separata fuit, ex l. 3. §. fin. de reg. jur. demonstratur. Omne legatum ex persona servi vires accipere, & omnem servum à domino testamenti factio nem, ex l. 82. §. fin. de legat. 2. ostenditur. Si res talis sit, ut non possit utrique domino acquiri, & ei acquiratur; qui potest eam habere. Adducuntur l. 1. §. 4. de stipulat. servor. l. 23. §.

- 23. §. fin. de acquir. rerum domin. l. 49. ad l. alci. l. 63. §. 9. pro soc. l. 81. §. 1. de legat. 1.
- Unde proveniat, ut partes servi communis intellectum, & non corpore sunt, in l. 5. de stipul. servor.
- Per servum communem usufructus ei legatus eodem jure fit, ac si singulis dominis totus legatus esset.
- 4 **Alia rationes pro sententia Sabinianorum adducuntur.**
Afferitur elegans exemplum, ad l. 8. de acquir. possession. & l. 35. & l. 53. de reg. jur.
- Plurima, que attendi debent in usufructu legato servo communi, referuntur.
- 5 **In re, que non sit redditura ad totum ? unde deducitur, non curatur de eo, quod postea accidit.**
Exemplum ejus ponitur ex specie, l. 1. §. 16. & l. 48. de acq. poss.
- Adducitur ad explicanda superiora, l. 56. de cond. & demonst.
- Exemplum à D. D. Martino de Larreategui, adductum non admittitur.
- Dicitur l. 6. graviter obstat l. 44. §. 8. de cond. & demonst.
- D. Larreategui conciliatio ad superiores leges referitur, & non probatur.
- Quadam sententia D. D. Melchioris de Valentia, que & Gothofredi est, refutatur.
- Omnes domini unius servi personam subinens dicitur l. 56. de cond. & demonst.
- De conciliatione dicitur l. 56. & dicitur l. 44. §. 8. interpretis desperasse docetur.
- 7 **Nova, & singularis conciliatio ad dict. ll. & ad l. 1. §. 1. de usufr. accresc. cum l. 20. de leg. 2. preparatur, & num. seqq. perficitur.**
Antonij Fabri, Duareni, & aliorum circa dict. ll. interpretationes revocantur.
- Donelli, Vasquij, Castillo & Suevij sententia admittens, ut sonat, Proculi sententiam refutatur.
- Jure potestatis, & non accrescendi pars usufructus defecit ad alterum dominum perveniat, male docetur & num. seq.
- An in usufructu, qui servo communi relinquitur, domini verè conjuncti sint ?
- 8 **Conciliatio legum in superiori num. adducta ex ratione l. 20. de legat. 2. impugnatur.**
Quare in dict. l. non fuerit admissum à Proculo jus accrescendi, demonstratur.
- Ubi partes usufructus separatum legantur, non datur jus accrescendi.
- Proculi ratio ab Ulpiano in dict. l. 1. §. 1. de usufr. accresc. reprehenditur.
- Dominium rei legata per vindicationem acquiritur legatario ante agnitionem legati.
- Legatum servo relicto à domino posse repudiari ex l. 7. de legat. 1. traditur.
- Convincitur efficaci argumento sententia dicentium jure potestatis partem usufructus repudiatus ad alterum dominum pervenire.
- 9 **Superioribus rationibus Author fateatur multoties subscribere voluisse his, qui credunt dissentisse Consulis in legibus superioribus.**
D. l. 44. §. 8. de cond. & demonst. & l. 20. de legat. 2. continere diversam speciem ab ea, que continetur in l. 1. §. 1. de usufr. accresc.

& l. 56. de cond. & demonst. docetur.
De qua specie in unaqueque legum loquatur, ostenditur.
Ad jus accrescendi ne esse est, ut totum singula deur nisi sibi partium merita.
Verborum conjunctio non habetur pro conjunctioe, quando partes expresse sunt.

10 **Reprehenditur Cujacij sententia credentis in dict. l. 1. §. 1. de usufr. verfic. & utrobique domino, inreptum esse.**
An dominium, an personales tantum actiones ipso jure legatario acquirantur in legato vindicationis ?
Dominium acquiri ex l. 1. §. 6. si quid in fraud. patron. l. 1. §. 8. de reb. eor. qui sub tut. & aliis probatur.

11 **Eadem sententia probatur ex l. unie. §. 2. quand. dies usufr. legat. ced. l. 61. §. fin. de acquir. rer. don. l. 26. de stipul. serv. & num. seq.**
Aliud argumentum fit ex Paulo lib. 3. sent. tit. 6. sent. uniuersusque l. 19. §. 1. quemadmod. servit. amittant l. 3. §. 2. de legat. 3. l. 10. & 20. de opt. legat. l. 66. §. 1. de furt.

12 **Aliud argumentum fit ex l. 80. de legat. 2. ejusque verba ponderantur.**
Debitorem ex eo, quod debitor sit non amittere dominia rerum ostenditur.
L. 1. §. 7. de success. edict. qua nititur sententia Cujacij, & l. 17. §. fin. de acquir. possell. qua jvatur, explicatur.
Interpretatur l. 18. quib. mod. usufructus vel usus amittit & ab emendatione Antonij Fabri vindicatur.

IN princ. l. 1. ff. de usufr. accresc. Ulpianus regulam circa jus accrescendi usufructus proponit, que quidem duas partes habet. Prima est, quod quoties conjunctim pluribus usufructus legatur, inter eos deur jus accrescendi, uti affirmat Paulus lib. 3. sent. tit. 6. §. cum conjunctim ibi: Cum conjunctim duobus usufructibus do, lego; legatum altero mortuo ad alterum insolitum pervenit: idem ostendit ipse Paulus in l. si sibi 8. ff. usufructus, quemadmod. caveat. ibi: Quod si duobus conjunctim usufructus legatus sit, & invicem sibi cavere debebant in eam illum &c. Altera regula est, quod quoties pluribus separatim usufructus partis rei legetur, juri accrescendi locus non sit, quia non datur jus accrescendi inter eos, qui partes habitari non sunt per concursum, ex eo quod jam ab ipso testatore, & ex ipso testamento partes distinctas, & separatas habent: nam si unicuique sit legatus usufructus partis rei, non potest dici usufructum conjunctim legatum fuisse. cum eo casu perinde sit, ac si singulis singularum rerum usufructus legatus fuisset, l. hujusmodi 84. §. penultim. ff. de legat. 1. & vide que circa hæc lato calamo scriptimus supra lib. 1. cap. 12.

Quasi proxima superioribus duabus partibus adducitur ab Ulpiano alia questio apud Julianum lib. 35. Digestorum, exagitata, nempe si servo communi duorum relicto sit usufructus, & utriusque domino acquisitus unicuique pro ea parte domini, quam in servo habet, l. servus communis 1. §. ff. de stipul. servor. an eo casu, quo alter dominus repudiaverit, vel amiserit usufructum, alteri domino illa pars accrescat, ita ut deinceps totum usufructum habeat, qui nuper non nisi partem ejus habebat ?

habebat ? In hac questione nihil à se tradit Ulpianus, sed totum refert, ut apud Julianum reperitur; quasi sic nobis ostenderet non fuisse vulgarem hanc questionem: & certè valde agitata fuit apud Proculianos, & Sabinianos, varièque decisa. Proculiani tenaciter negaverunt, & ita constituerunt non dari mea specie jus accrescendi inter istos duos dominos; quorum sententia expressa adhuc extat in l. & Proculo 20. ff. de legat. 2. ibi ait Celsus: & Proculo placebat, & a patre sic accipi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omiserit, alteri non accrescere, non enim conjunctim, sed partes legatus; nam ab eo si vindicaret, eam quemque legatus partem habiturum, quam in servo haberet. In qua questione nihil speciale habet legatum usufructus à legato proprietatis, sed idem in uno, ac in alio servarur. argum. text. in dict. l. 1. §. interduum 3. ff. de usufr. accresc. sic Donel. lib. 10. comm. jur. civil. c. 23. licet ei resistat Osvaldus cum aliis pluribus ab eo adductis ibid. liter F. Proculi ratio relata à Cello nimium urgere videtur, non enim conjunctim, sed partes legatus inquit; idest non singulis dominis totum legatum est, neque partes concorsu facte fuerunt, quod essentialiter requiritur, ut juri accrescendi locus sit, l. idem Neratius 3. ff. de usufr. accresc. l. conjunctim 80. ff. de legat. 3. quam regulam ut suam Celsus transtulit etiam ad dict. l. & Proculo, sed dominus quisque semper eas ex partibus domini, quod in servo habet, divisas obtinuit: ratio est, quia non singulis totum legatum est, non eis nominatim insolidum datum, non eis honor habitus est specialiter, sed solum servo eorum: neque partes per concursum dominorum facte sunt, sed per servum; & dominium ejus jure dominicæ potestatis magis, quam concursu collegatariorum, quia non sunt collegatarij illius usufructus, sed domini ejus servi, cui legatum relicto est. Itaque Celsus ex Proculi sententia rectè deducere crederetur, partes legatas esse, quia semper & à morte testatoris legantur eas partes in legato usufructus domini habuerunt, quas habebant in servo ipso, cui hoc legatum relicto fuerat. Unde his fundamentis moti Proculiani sibi persuasum semper habuerunt in hoc legato sibi proprietatis, sive usufructus servo communi relicto jus accrescendi inter ejus servi dominos non dari.

Julianus verò, qui Sabinianus fuit, contra existimasse notum est in dict. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accresc. & objectioni; quam ex Proculo Celsus faciebat in dict. l. & Proculo, his verbis respondit: & licet dominus usufructus non equis partibus, sed pro dominicis acquiratur: tamen persona ejus, non dominorum inspecta ad alterum ex dominis pertinere: non proprietati accedere: itaque affirmare videtur inter dominos ut conjunctos esse persona servi, cui nominatim totum legatum relicto fuerat, jus accrescendi dari debere: quasi magis inspicienda sit persona ejus; per quam acquiritur, quam personæ eorum, quibus acquiritur: & cum servus, si sui juris esset, & usufructum sibi acquisisset; adhuc retineret quandiu totum non amisisset, vel aliquam partem retineret: idem adhuc totum retinere videtur, quandiu non uterque dominus, cui acquisivit, amiserit: itaque dum unus eorum partem per servum adquisitam retinet; alia pars, que in altero domino perit; redditur ad servum, ex quo statim ad alterum dominum transmittitur: pars enim semper habet propensionem redditus ad totum; ut ex l. in ambiguis 85. §. fin. ff. de regular. jur. diximus supra lib. 1. cap. 22. numer. 47. Et cum

imaginem totius, ex quo partes ad dominos singulos transferunt, in servo, cui relicto fuerat legatum, consideremus, adhuc dum vivit; & sit aliquis dominus, ex ejus persona servus accipiat testamenti factionem, quia in ceterum legatum ex persona servi vires accipit l. debitor 82. §. fin. ff. de legat. 2. l. & si maxime 5. ff. de servit. legat. merito jus accrescendi damus, nam ut aiunt ipsi Sabiniani, & ab initio servus uni ex dominis insolidum legatum acquirere potuit, si legatum tale esset, ut alter dominus partem ejus acquirere non potuisset: ubi enim pars dominorum causa non est, idest quando ex parte alteri ex dominis acquiri nequit, servus ille non habetur pro servo communi, sed loco duorum servorum non communium: ideoque domini non concurrunt, neque partem alter alteri facit: quia de causa insolidam uni ex dominis, qui capere potest, acquiritur: l. 1. §. communis 4. ff. de stipul. servor. l. qui bona 23. §. fin. in fin. ff. de acquir. rer. domin. l. Plautius 49. ff. ad l. Falciol. verum est 63. §. si servo 9. ff. pro soc. l. si fundum 81. §. 1. ff. de legat. 1. Et hac ratione provenit, quod partes, quas in servo communi singuli domini habent, magis intellectu fiant, quam corpore, aut reali divisione, dict. l. servus communis 5. ff. de stipul. servor. sicut illæ, quas ab initio in jure accrescendi nostra interpretatione facimus, de quibus abundè scriptimus supra dict. lib. 1. cap. 12. numer. 9. & seqq. itaque cum pars illa, que intellectualis est; hæc, vel illa: non hujus, vel illius domini; non singulorum propria, realiter designata sit, sed utriusque communis; de quacumque parte totum confici, & mutari, quæviscumque incidere, potest donec totum extingatur, l. Mavius 66. §. duorum 1. ff. de legat. 2. Et hinc efficitur, ut per servum communem perinde domini pro conjunctis inter se habeantur, ac si singulis totum legatum esset, partes quæ inter eos concursu fierent, ita ut quod alter eorum capere non poterit, vel noluerit, id alteri accrescere possit.

Uterius pro Sabinianorum sententia etiam illud facit, quod quemadmodum usufructus dominis adquisitus est per servum, ita per eum debeat amitti, antequam aliis accrescat, vel ad proprietatem redeat: id enim nisi in contrarium actum sit, contingere non potest arg. l. quemadmodum 8. ff. de acquir. possell. nihil. 3. §. 1. serv. 15. ff. de reg. jur. Sed certum est per servum dominis legatum usufructus adquisitum fuisse; idest totum servo relicto, partes ab eo, vel per eum in dominos dimanasse; ideo nisi conjungantur partes in totum illud, ex quo deductæ fuerunt per dominorum concursum pro partibus domini, quas in servo unusquisque habet; non potest usufructus neque totus, neque ejus ulla pars amitti: conjungi verò partes non possunt nisi per jus accrescendi pars ab uno domino repudiata, vel amissa alteri parti, dominovè prius accedat, reddita illa parte per servum ad totum illud, à quo per ipsum servum translata in dominum fuerat; ita ut nihil in partibus transferendis fiat nisi per mediam servi personam. Unde provenit, ut illum servum, cui usufructus legatus est, Jurisconsulti ipsi quasi liberum respiciant, dum volunt ex persona ipsius constare legati causam, & validitatem prius, quam ex persona domini, dict. l. debitor 82. §. fin. ff. de leg. 2. ibi: nam & hoc legatum ex parte servi vires accipit, dict. l. quasi 10. §. duobus ff. de leg. 1. l. Paphilo 10. ff. de option. legat. dict. l. est maxime 5. ff. de serv. legat. Et ideo hæc omnia diligenter observanda, & attendenda sunt in usufructu legato servo communi, antequam usufructus ille vel totus, vel pro parte ad proprietatem redire possit.

In re, que non est redditura ad eorum, unde profecta fuit, nihil attendi debet de eo, quod postea occiderit; neque si dividatur, quicquam attendatur: pono sic exemplum, si plures servi legati fuerint, per unum eorum, possessio ceterorum acquiri potest, quasi is, per quem ceteri possidentur, non sit in eadem causa legati, neque legatus sit, quod etiam in contractibus observatur: ratio est, quia nullum in eis jus accrescendi, nullum veluti postliminium datum redeundo ad eam causam, à qua semel exierunt, l. 1. §. veteres 16. l. prodiu 48. ff. de acq. poss. itaque divisio admittitur, & servus, qui etiam verè legatus est, deducitur ex causa legati, & habetur pro eo, ac si legatus non esset, ut per eam aliorum servorum legatorum possessionem dominus acquirat: nihilque tunc contra voluntatem testatoris legatis contingit. In ea verò re quæ ad alios legatarios conjunctas, vel ad proprietatem, vel ad heredem reditura est; divisio aliqua non admittitur, nè ab alio, quam ab ipso testatore id obvenire videatur, si aliter obveniat, quàm eo modo, quo legatum est. Et eà solà ratione Javolenus in l. cui fundus 56. in fin. ff. de con. & dem. in eo legato, quod uni sub conditione relicta est, conditionem ex accidenti scindi non debere ait, & omnes illi, qui substituuntur in locum ejus, cui legatum est, pro singulari persona habendum esse dixit; non ab eo, cui relicta est, accipiant; sed ab eodem testatore, à quo ille accepisset, si ejus persona talis esset, cui legatum acquiri posset; puta in servo duorum dominorum communi, cui legatum sit, & in ejus locum domini substituuntur. Neque D. D. Martino de Larreategi in hac re possumus assentiri, dicenti scilicet exemplum ponendum esse in servo unius tantum domini; quilibet postea plurium dominorum fiat, ex eo accidenti non debeat conditio scindi: resistunt enim huic exemplo ea omnia, quæ pro Sabinianis in superioribus diximus. Sic enim Javolenus, qui Sabinianus fuit, attestatur contingere in servo duorum communi legato, quia inter dominos datur jus accrescendi quasi conjunctas; & tunc omnes domini pro unius persona potestate funguntur, l. planè 34. in princip. ff. de legat. 1. de quo scripsimus fusè libro 1. capit. 11.

Sed his acriter opponitur Jurisconsultus Paulus in l. qui heredi 44. §. si duorum 8. ff. de cond. & demonstrat. in his verbis: Si duorum servo legatum sit sub conditione dandi, non posse per partes conditioni pareri quidam aiunt, sed semel dandam pecuniam; sed ego contra puto; quibus ostenditur conditionem scindi posse; neque cum dicto D. D. Martino de Larreategi satisfacies, si dixeris Paulum loqui de servo, qui erat communis tunc, quando ei legatum fuit sub conditione; & in ea specie quemlibet ex dominis potuisse ex sua parte, & conditione parere, & legatum consequi: in dicta verò l. cui fundus in fin. loqui de servo, qui tunc erat unius, & postfacto factus fuit communis plurium dominorum: nam præterquam quod nullam dat differentie rationem harum specierum, resistit ei Julianus in d. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accresc. ubi ex eo datur inter dominos jus accrescendi, quod in his, qui servo cui legatum est, substituuntur, scindi legatum non debeat, quia tota ejus causa à servi persona, & non dominorum personis æstimanda est, uti supra scripsimus. Quà ratione etiam impugnat D. D. Melchior de Valentia illustr. tract. 3. cap. 5. num. 13. qui absolute ex dict. §. si duorum, & aliis legibus affirmat, quod servus communis tot dominorum personas sublineat, & representat, quot sunt domini à qui-

bus persona moruatur: quam sententiam sumptim à Gothofredo in d. l. §. si duorum, ubi hæc scripsit: Et merito, quia servus communis vicem dominorum substituit, l. 1. §. 1. infra de singulari servo l. 1. ubi ego contra dico, omnes dominos unius servi personam, in eorum locum jure dominice potestatis substituuntur, sublinere, ex dict. l. cui fundus, causas non faciunt mentionem neque Valentia, neque Gothofredus, ubi hæc adiecit Javolenus: Et omnis numerus, qui in locum eius substituitur, pro singulari persona est habendus, ubi Gothofredus contra id, quod antea dixerat, ex Ballo assensavit: neque ex accidenti postea contingenti conditio dividenda est. Quæ non solùm verum est in hac specie, sed etiam idem reperies statutum, si ad varia jurisprudentiæ jura atente oculum conieceris, l. si quis 18. ff. de obligat. & action. l. prætorie 2. §. incertam ff. de stipul. prætor. l. si unus 19. ff. de servit. rustic. prædior. quo sensu accipienda sunt etiam, l. cum ex causa 139. ff. de verb. obligat. d. quod si nolit 3. §. si plures 5. & §. Pomponius 9. ff. de adit. l. d. l. & ancillarum 27. §. si quis 8. ff. de pecul. l. in commodato 17. §. sicut 3. ff. commod. l. jam tamen 5. §. si tamen 7. Digest. judic. solu. l. sicut initio 5. C. de obligat. & action. Has duas leges inter se tam repugnantes connumerant interpretes inter desperatos textus, quorum concordia nulla sperari possit, nisi observando varietatem temporum, quibus Jurisconsulti floruerunt, ut & nos notavimus supra lib. 3. c. 8. n. 9.

Videamus tamen, si aliqua possit excogitari via, 7 quæ sine discrimine antiquorum prudentum, & quin admittatur eorum dissensus, illæ leges, & hæc, quæ ex eis diximus, valeant conciliari, & etiam superiora, quæ inter se contraria deduximus, ex dict. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accresc. & l. & Proculo 20. ff. de legat. 2. nam hi omnes textus vel unâ ratione conciliandi sunt, vel unâ pugnâ absque spe ullius concordie se parandi, ut faciunt Anton. Fab. in rational. ad dict. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accrescend. & alij, quos refert Osiwald. dict. lib. 2. 4. comment. Donel. cap. 23. liter. G. Neque Anton. Gomez tom. 1. variar. resolut. cap. 10. num. 39. & 40. neque Duarenus lib. 1. de jur. accresc. cap. 13. rationes, quas nos supra adduximus, ponderarunt: itaque totus actus uniuscujusque Authoris circa supradicta meram vim confusionis obtinet, non explicationis. Donellus d. cap. 23. comment. juris civilis, cui convenit Vasquius lib. 3. de success. progress. §. 23. num. 58. Castillo de usufruct. cap. 48. num. 32. Joan. Suet. de jur. accresc. cap. 11. Proculi sententiam in d. l. & Proculo, quasi generatiliorem admittit, & ait in eo, quod legatum est servo communi non dari inter dominos ejus servi jus accrescendi: & quamvis pars alterius domini eam amittentis certum sit ad alterum dominum pertinere, d. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accresc. id fieri jure dominice potestatis, non verò jure accrescendi: unde provenit, ut domini non sint verè conjuncti, sed quasi conjuncti, ut in d. l. 1. §. 2. dicitur: id est illos re vera non esse conjunctos, sed habere tantum vim, & effectum conjunctionis: & sic conciliat illos textus in d. l. & Proculo, & d. l. 1. §. 1.

Huic verò interpretationi non solùm obstant omnia, quæ pro Sabinianis supra adduximus, sed ipsa etiam Proculi ratio resistit: dicit enim in ea l. & Proculo, idem non dari jus accrescendi inter dominos, quia non conjunctum, sed partes legatæ fuerunt: sed ubi partes usufructus singulis dominis legatæ sunt, pars, quæ repudiatur, hæredis sit, non collegatarij, ut dixi in princip. hujus capituli, & probatur ex l. 1. in princip. ff. de usufr. accrescend. l. legat. 2.

l. legat. 19. §. fin. l. servus 67. §. 1. ff. de legat. 1. l. unica §. ubi autem 11. vers. fin. autem C. de caduc. tollend. l. re conjuncti 189. ff. de legat. 3. dict. l. & Proculo 20. ff. de legat. 2. l. si ita 66. ff. de hered. institut. quod non pluribus explicavimus, dict. lib. 1. cap. 12. quod etiam apud omnes verissimum est: ergo si jus accrescendi non daretur; neque defecta pars usufructus ad alterum dominum jure dominice potestatis pertinere potuisset: nam id id ad eum pertinet, quia similitudo totius, quod servus datum fuit, adhuc quasi servatur in servo; ad quod si repudiatur partes, vel post acquisitionem dominus amiserit; redeant. Uterius Ulpianus ex Juliano in dict. l. 1. §. 1. de usufr. accresc. refert hæc rationem Celsi recitatam, in d. l. l. & Proculo, & eam sic reprehendit: Et licet dominus usufructus non æquis partibus, sed pro dominicis acquiratur, tamen persona ejus, (puta servi, non dominorum) inspecta ad alterum ex dominis pertinere, non propriæ accedere: Quibus verbis manifestè ostenditur jura conjunctionis id effici, non jure potestatis. Quod etiam hoc efficacissimo argumento perfundebat, & ut illud clariùs proponam, tollamus paulisper ab hac quaestione jus accrescendi, & sublineamus solùm jus dominice potestatis: ubi jure patriæ potestatis acquiritur domino, ipso jure legatum, quod servo relicta est, domino acquiritur: verum est ipso jure dominium rei legatæ ante ejus agnitionem acquiri legatario, ut copiosius postea docebo ad explicationem verborum, dict. l. 1. §. 1. altero repudiante, vel amittente hoc cap. nu. 10. & seqq.) & ex eo antequam servus id legatum agnoscat, potest dominus illud repudiare, text. in l. legatum 7. ff. de legat. 1. de quo nos plura scripsimus supra lib. 1. cap. 2. num. 10. sed post illius repudiationem illud legatum non ad servum, sed ad heredem redidit, (alioquin iterùm, atque iterùm necesse haberet dominus repudiare idem legatum,) quia ibi non est aliud jus inter dominum, & servum circa tale legatum, nisi dominice potestas, ob quod ad servum iterùm legatum reddere credatur, & per eum ad dominum, qui sua repudiatione juri acquirendi legatum cessit, & renuntiavit: ergo si jus potestatis tantùm inspiceretur, in dict. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accrescend. quod repudiaret alter dominus, alteri pertinere non posset: & idem pars usufructus ab uno ex dominis repudiata, vel amissa non alteri domino, sed proprietario rediret: idem enim contingere debet in servo communi pro ea parte, qua acquirit domino repudianti (sua) partem, si res legata divisionem recipiat: ac contingit in servo unius, cujus dominus totum legatum repudiat: ergo ut ad alterum dominum transferatur, in d. §. 1. alio jure contingit: sed nullum aliud esse potest nisi jus accrescendi: ergo in legato, quod relinquatur servo communi inter ejus dominos datur jus accrescendi. Undè aperè convincitur Donellus, dum putat jure potestatis, & non jure accrescendi partem usufructus legati servo communi ad alterum dominum post alterius vel repudiationem, vel amissionem redire: altera ergo quaerenda via est ad conciliandos textus superiores.

Has cogitationes contrarias, & penè insuperabiles cogitans, multoties decrevi subscribere eis, qui crederentur Proculianos à Sabinianis in hac quaestione dissentisse: tamen id facere nullatenus ausus fui, nè religio juris veneranda per me etiam violaretur: & idem circa horum textuum conciliationem quid cogitaverim, manifestabo. Itaque existimo Paulum in dict. l. qui heredi 44. §. si duorum 8. ff. de cond. & demont. & Celsum in l. & Proculo 20. ff. de Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

legat. 2. speciem continere diversam ab ea, quanti adducunt Julianus, & Ulpianus in dict. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accrescend. & Javolenus in dict. l. cui fundus 56. in fin. ff. de cond. & demonstrat. Paulus enim & Celsus agunt de illo casu, quo servo communi totum legatum testator dedit, & partes unicuique minorum pro parte illa, quam in servo uniusquisque haberet, nominatim legavit: quod confirmat ratio adducta, in dict. l. & Proculo, his verbis: Non enim conjunctim, sed partes legatas; nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quàm in servo haberet: Nam non poterat dici partes esse legatas dominis, si totum servo relicta fuisse nulla facta partium divisione nominatim in personis dominorum: partes enim in re legata dividere solius testatoris est: itaque non posset dici legatas partes, si eas inter dominos ipse testator non divisisset: ergo Celsus cum Proculo, & Paulus in dictis locis de illo casu, quem diximus loquuntur: & tunc rectè dicunt in legato, quod servo communi relinquatur, si alter dominorum ex sua parte omitteret, alteri partem illam non accrescere, quia partes in dominis expressæ juri accrescendi obstant; quod quidem jus accrescendi, ut locum habeat, necesse est totum à testatore datum esse, nullâ factâ partium mentione, ita ut concursu partes fiant, non testatoris destinatione, l. conjunctim 80. de leg. 3. & idem dicit non conjunctim legatum, quia nec verborum conjunctio pro conjunctione est, ubi partes in testamento expressæ sunt, l. si ita quis 66. ff. de hered. instit. Ulpianus verò cum Juliano, & Javoleno in dict. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accrescend. & dict. l. si cui fundus 56. in fin. ff. de cond. & demonstrat. loquuntur de ea specie, qua totum servo communi legatum est, nullâ postea factâ in dominis mentione partium: itaque quia singulis à testatore partes expressæ non sunt, datur jus accrescendi: illâ ratione, quia domini, qui in locum servi substituuntur, pro unius persona habentur, dict. l. cui fundus in fin. in qua ratione consistit tota natura juris accrescendi, & conjuncturum, l. planè 34. ff. de legat. 1. junctâ dict. l. conjunctim 80. ff. de legat. 3. Undè cum non possit in dominis legati natura æstimari ex eorum persona, sed æstimanda sit ex persona servi, & in persona servi totum legatum sit; per dominos, quibus nominatim non fuerant assignatæ partes, scindi legatum non debet. Hæc sunt, quæ circa hæc jura difficillima præ viribus ingenij mei potui excogitare; quæ utinam omnibus doctis placeant, & mihi gratiam apud eos conciliare queant: apud ceteros enim neque spero; neque desidero.

Cæterùm Cujacius in notis ad dict. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accrescend. ait verba illa ibi posita, & utriusque domine acquisitus an altero repudiante; vel amittente, adjectitia esse affirmat; quia ut ipse ait, & etiâ Gothofredus ibidem non possunt repudiari ea, quæ acquisita sunt: itaque credit (quod & supra tergiimus lib. 1. cap. 2. num. 12. & 13.) legatum vindicationis ipso jure legatario etiam ignorantibus ab adita hæreditate non acquiri, sed tantum personales actiones ad petendum legatum; quod relinquatur: & quia ignorantibus personalis actio acquiritur, videtur etiam legatum acquiri: prope enim est, ut Cujacius ait in l. filiusfamilias ff. qui testament. fieri poss. ut nostrum sit id, de quo actionem habemus: & Petrus Faber in l. is qui actionem 15. ff. de regul. jur. & hoc sensu accipit, atque explicat text. in l. si partem 19. §. 1. ff. quemadmodum serv. amitt. l. magis 5. §. fundum 8. ff. de rebus eorum qui sub tutel. vel cur. sunt, quæ sententia falsa est, & modus interpretandi supradictas leges.

leges ingentem vim Censulis facit, verba enim legis nimis aperta sunt, quibus probatur legati per vindicationem dominum recta via ad legatarium etiam ignorantem transire, postquam adita fuerit hereditas, l. 1. §. utrum. 6. ff. si quid in fraud. puto-
 nor. ibi: Licet enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur: tamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse patet est, & d. §. fundum, ibi: fundum legatum repudiare pupillus sine tutoris autoritate non potest: esse enim hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubita: Quem §. Joan. Gaddicus in l. alienationis 28. in princ. num. 2. ff. de verborum signific. de legato vindicationis accipiendum esse tradit, quod sine prævia agnitione ipso jure acquirebatur, & ita ibi tractari non de omissione rei querende, sed de amissione rei qualitate: Et si interpretatio Cujacii supra adducta optima sibi visa est, quare in d. l. 1. §. 1. ff. de usufruct. accresce, ut adulterina tollit supra dicta verba? Melius enim, & suavius ferendum erat sic illa interpretari, quam ut spuria reici: ergo Cujacius ipse hac in re reiciendus est. Itaque pro vero haberi debet legati per vindicationem relictæ dominium recta via ab adita hereditate transire ad legatarium: idque aperit ostendit Julianus in l. si Titio 10. ff. de usu, & usufruct. legat. dum legatario ad petendum legatum rei vindicationem tribuit his verbis: *Erit in potestate ejus, fundum, an usufructum vindicare malit*: Quia et Donellus, & Osvaldus lib. 10. comm. jur. civ. c. 5. lit. B. aiunt, legatum sine traditione sit legatarij: vide quæ scriptimus supra libr. 1. cap. 2. n. 16. & seqq. & hanc sententiam tuetur Ant. Fab. lib. 8. consuetud. cap. 19. quam melioribus rationibus nitit ait Osvaldus lib. 8. comm. Donel. cap. 18. lit. A. quàm illa, quæ trahtur à Cujacio Sequitur etiam Scaccia de judic. lib. 2. cap. 2. nu. 295. & D. D. Melchior de Valentia ad l. 1. o. ul. n. 3. & 4. ff. de legat. 1.

11 Ulterius eam probo: si servo hereditario usufructus legatus sit, Julianus ait, *Quamvis casera legata hereditati acquirantur, in usufructu tamen personam domini expectari, qui uti, & frui possit, l. unic. §. dies autem 2. ff. quando dies usufr. legat. ced.* Hermogenian. in l. hereditas 61. §. fin. ff. de acq. rerum domin. ibi: *Usufructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur, Paulus in l. usufructus 26. ff. de stipulat. servor. Usufructus, (inquit,) sine persona esse non potest: & ideo servus hereditarius inuultu usufructum stipulari; legari autem ei posse usufructum dicitur, quia dies ejus non cedit statim*: Sed sic est, quod si ex legato vindicationis personalis actio tantum transferretur legatario, nulla causa subesse posset, quare hereditati non deberet acquiri; quia in actione non desideratur factam personæ, sicut in usufructu, ob quod non possit usufructus ad jacentem hereditatem transire, l. si servus 4. ff. de divers. tempor. prescrip. ergo illa verba posita, in dict. l. 1. §. 1. de usufr. accresce, & quæ nos retulimus num. præced. de ipso usufructu transferendo, & non de actione ad constituendum usufructum transferenda accipi debent: quod & probo sic: quia non acquiritur actio personalis de usufructu per vindicationem legato; priusquam usufructus ipse, nam constituitur ipso jure, id est sine facto heredis, vel legatarij, Paulus lib. 3. serv. tit. 6. sent. usufructus usufructusque rei: & idem Ulpianus in dict. l. unic. §. fin. ff. quando dies usufr. legat. ced. affirmat non solum diem usufructus legati servo hereditario non cedere ante aditam hereditatem, sed neque actionem de usufructu. Ulterius, si ex dict. l. si partem 19. §. 1. ff. quemadmodum servit. amit. constat servitatem vic mibi legatæ si ignoraverim eam mibi legatam esse,

amittere me non arendo, ergo quid erit, quod ibi per non usum amittit: an viam ipsam, an actionem personalem, quam habeo ad constituendam ipsam servitatem, l. 1. ff. quibus modis usufruct. amittat. Apertissimus est in hac sententia Ulpianus in l. si mulier 3. §. si rem 2. ff. de legat. 3. in his verbis: *Si rem quis debeat ex stipulatu ei, cui rem legaverit, fidei ejus committere non potest, licet ex legato commodum sentire videatur, quod dominium nanciscatur statim, nec expellet ex stipulatu actionem: idem Ulpianus in l. quia 35. ff. ad leg. Aquil. quia retro accrevisse, (inquit,) dominium ei videtur, ubi de re, quæ petierat, loquitur l. Titius 34. eo tit. cujus dominium nullum esse poterat, si statim ab adita hereditate non fuisset translatum: itaque in d. l. 34. de vindicando legato agitur, ut aperit ostendatur dominium apud legatarium fuisse, antequam ageret: quod & probat text. in l. si Pamphilo. o. i. apud Ausidium 20. ff. de option. legat. l. is qui 66. ff.*

Deinde legatum ita dominium rei legatæ legatarij facit, ut hereditas heredis res singulas, l. legatum 80. ff. de legat. 1. sed hereditas heredis res singulas facit statim ab ipsa additione nulla pravia rerum traditione, l. heres in omne 37. ff. de acquirend. rerum domin. l. cum heres 23. ff. de acquirend. poss. sion. ergo legatum etiam absque traditione rei legatariorum facit res legatæ: & id significat Papinianus in d. l. legatum, illis verbis: *Quod eo pertinet, ut si parres relictæ sit, & legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat nunquam factum heredis: ubi summè novanda sunt verba, Nunquam factum heredis, nam his aperit demonstratur dominium ad legatarium statim transire: quia si sola actio personalis transiret, falsum esset dicere res legatæ nunquam heredis factas fuisse: debitor enim ex eo, quod debitor sit, dominia verum non amittit, l. cum & sortis 35. §. 1. ff. de pignorat. action. l. si convenit 18. §. si fundus 1. eod. tit. l. 1. & tot. tit. ff. quia in frau. dicit. Antou. Fab. in jurispr. Popin. tit. 6. p. vine. 1. & qui movet solam actionem in personam, fatetur adversarium habere dominium rei, quæ petitur, l. obligationum 3. ff. de obligat. & action. Præterea si nec ad legatarum translatum est dominium rei legatæ, ut vult Cujacius, nec unquam apud heredem fuit, præcisè inter bona vacantia post aditam hereditatem connumeranda est res, quæ per vindicationem legatur; quia illa dicuntur bona vacantia, quorum dominium nullus habet: ergo res legatæ primò occupantis fieret: quod enim ante nullus est, id naturali ratione occupanti conceditur, §. ferè 13. instit. de rer. divis. l. 1. & 2. l. quod in litore 14. ff. de acquir. rer. domin. Hæc tam absurda subsequi ex Cujacii sententia nemo non videt: illam verò opinionem sumpsit, ex l. 1. §. decretalis 8. ff. de successor. edict. nam Ulpianus ibi: *Decretalis (inquit,) bonorum possessio an repudiari possit, vid. ammsi Et quidem diebus finiri potest, sed repudiari eam non posse verius est, quia nondum delata est, sera repudiatio est: quia quod acquisitum est, repudiari non potest*: Sed sententia §. illius non adeò argens est, ut tot prudentum responsa vincere possit: & certè neque eis controversiam facit, nam quod ibi dicitur intelligendum est non de dominio illo quod in legatarium potestate legis transfertur, quamvis ignorantem: sed de dominio, quod quisque dominus sua voluntate acquirit; quod eam rationem habet, nè repudiari possit senel acquisitum, nè liceat ei displicere, quod semel placuit: quia dominij sic acquisiti effectus perpetuus est, neque nisi certis modis*

molis acquiri, vel amitti potest, l. in diem 9. ff. de aqu. plu. arcend. l. 1. §. 1. l. si debitor 4. l. sicut 8. §. si voluntate ff. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit. Itaque in decretali bonorum possessione, quæ non defertur, nisi prius petita, & decreta sit, era repudiatio est ab eo, qui petiit; quia petitionem jam se admisisse ostendit, quandoque postea decernatur, dict. §. decretalis argum. text. in l. bona 3. §. acquirere 7. ff. de bonor. possess. l. 1. §. illud 10. ff. de se. parat. §. extraneis 5. instit. de hered. qualit. & differ. Ergo rectè Jurisconsultus Ulpianus in dict. l. 1. §. 1. ff. de usufr. accresce. posuit illa verba: *Utrique domino acquisitus: an altero repudiante, vel amittente, ut ostenderet ibi legatum usufructus per vindicationem relictum fuisse, cujus legati natura est, ut statim quo adita hereditas sit, dominium ejus transeat ad legatarium nunquam factam heredis. Et sic interpretari potest text. in l. si servus 18. ff. quib. mod. usufr. vel usus amittat. quo fit, ut non sit necesse cum Antonio Fabro in ration. ibi pro dominio ponere domino.*

CAPUT IX.

Defenditur Florentina lectio in l. si mandatum meo 45. §. quod mihi ff. mand.

SUMMARIUM.

- 1 Ponitur species dict. l. & adjuvatur ex l. 22. §. 2. ff. mand. In dictis locis stipulationem novandi animo intervenisse docetur. In d. l. 45. §. fin. quid significet verba, quamvis id mandatum ad tuam rem pertineat, demonstratur. Ubi intervenit consilium tantum, & non mandatum, non datur actio mandati. Ratio dubitandi ad l. 16. & l. 22. §. 2. & §. 4. ff. mand. proponitur. An in dict. l. 45. §. fin. pro verbo tuam legi debeat meam, dubitatur. Regulariter mandatum in re mandatarij non tenere, ejusque regula exceptio traditur. An idem observandum sit, quando creditor accipit delegationem periculo debitoris? Redditur ratio, & causa, quare Anton. Fab. in dict. l. 45. §. fin. pro tuam legat meam.
- 2 Præsupposita hac emendatione elegans dubitandi ratio ad dict. §. adducitur. Nemo potest invito cogi stare utilitati suæ. Quare in vit. ff. mand. concipiatur titulus mandati, vel contra.
- 3 In dict. §. fin. ad rem delegantis, & creditoris delegationem fuisse factam, ex dict. l. 22. §. 2. docetur. Objectiones quædam, quæ superiori interpretationi obstant, dissolvuntur. Novatione exingui totam pristinam obligationem traditur. In dict. l. 45. §. fin. mand. integra servatur lectio Florentina. Vulgarem lectionem, qua meam legitur, esse meliorem, ejusque ratio ostenditur.

Titius mihi centum debebat, & ego periculo Titij, ejusque mandatu ea centum stipulatus Hieronym. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

sum ab ejus debitore: in hac specie possum ego agere cum Titio mandati actione in id, quod minus à debitore servare potuit, uti affirmat Nerva, & Attilianus referente Paulo in d. l. si mandatum meo 45. §. fin. ff. mand. & in l. si mandavero 22. §. interdum 2. eod. tit. quibus in locis advertendum est stipulationem me animo novandi interposuisse; alioquin prior causa maneret, l. omnes 2. ff. de novat. ex qua potius, quàm mandati actione agendum erat, facit l. quamvis 8. §. si convenit 8. ff. ad S. C. Velleian. Tamen in dict. §. quod mihi, aliquid mirabile demonstrant verba illa, quamvis mandatum ad tuam rem pertineat: Nam mandati actio non datur tunc, quando in rem mandatarij mandatur, quia non est mandatum, sed consilium tantum, l. mandatum 2. §. fin. ff. mand. privoc. instit. eod. tit. text. elegans in l. cum pater 77. §. mando 24. ff. de legat. 2. & consiliarium verbum neutiquam obligat, l. testatorem 68. §. 1. ff. de legat. 3. l. generaliter 24. §. sed est in 8. ff. de fideicom. libertat. & hæc est ratio dubitandi ad dict. l. si quis mihi 16. & dict. l. mandavero 22. §. interdum 2. & §. Julianus 4. ff. mand. ergo illa verba cum Nerva, & Attilianus posuissent ad notandam exceptionem supra positæ regulæ, debuerant pro tuam scribere meam, ut hic sensus esset, quamvis regulariter mandatum in re mandatarij non teneat, tamen in eo casu, quo creditor periculo debitoris, ejusque mandatu novandi animo stipulatus est, à debitoris debitore contrarium observetur; quia, ut ipsi aiunt, tunc solum liberatur debitor, qui suum debitorem delegat, si nomen ejus debitoris delegati, simpliciter sequutus est, quia in eo casu est delegatus non sit solvendo, bonum tamen nomen facit creditor: quia admitti, & probat debitorem legatum, l. inter causas 26. §. abesse 2. ff. mand. & ita tunc debitor liberatur, quia soluisse creditur, l. quamvis 8. §. convenit 8. ff. ad S. C. Velleian. l. quod debet 51. ff. de pecul. l. qui libertinus 37. §. sed si creditor 4. ff. de oper. libert. l. ut mihi 21. ff. de novat. l. mortis 18. §. 1. ff. de mori. cau. donat. l. qui debitorem 18. ff. de fidejussor. l. verbum 187. ff. de verb. signif. l. cum de bonis 14. C. de donat. non verò quando periculo debitoris nomen delegati sequitur: & ea de causa Anton. Fab. in ration. ad dict. §. quod mihi & lib. 3. consuetud. cap. 5. pro tuam legit meam Accursij vestigia sequutus.

Et præsupposita hac emendatione fit elegans ratio dubitandi ad dict. §. nempe quod mandati actio nunquam detur de commodo mandatarij: ille enim invitus suo commodo stare cogi non potest, aliàs quidem datur contraria mandatario adversus dominum actio, si quid impenderit de suo in exigendo, aut gerendo alto negotio l. præterea 3. §. fin. cum l. seq. ff. mand. quod & probat titulus qui sic concipitur mandati vel contra: an in dict. §. quod mihi non agitur de eo, quod creditor impendit, sed de eo, quod minus consequi potuit de debitore delegato: & certum est mandatarium nunquam adversus dominum actione mandati agere posse de eo, quod minus servare potuit; id poterit mandati actione directa domino restitutus sit.

His tamen non obstantibus in dict. §. quod mihi creditor habet mandati actionem, quia hæc delegatio debitoris non solum facta fuit ad rem delegantis, seu ejus commodum, sed etiam ad rem, & commoditatem creditoris, ut idem Paulus tradit in dict. l. si mandavero 22. §. interdum 2. Digeftis eod. tit. ut servet totum, quod ei debetur, quasi agat ex pristina causa, vel prioris obligationis causa in sequentem

sequenter obligationem transita sit: quare videtur debitor etiam causa creditoris mandatum interposuisse. Neque obstat, si dicas quod creditor stipulatus fuerit animo vocandi, (ut in primis hujus cap. diximus ex Accursio) à debitoris debitor, & quod novatione extinguitur tota pristina obligatio, §. *præterea* 3. in *fin. quod. mod. tolli. obligat. l. si Stichum* 8. §. *fin. in fin. ff. de novat. l. si pater* 5. C. *de tit. l. solutio* 2. 3. *si pro me* 40. l. *solvere* 5; *ff. de solutio. nam* novatione tunc extinguitur causa agendi antiqua, & liberatur omnino debitor, cujus mandatu creditor stipulatus est, quando mandatum simplex intervenit, & simpliciter creditor stipulatus fuerit, non vero tunc quando periculo debitoris mandatur & stipulatur, ut ait Paulus in *dist. l. 45. §. fin. mand. ius*, verbis: *Et merito, tunc enim liberatur, qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor sequitur: est non cum periculo debitoris ab eo stipulatus, facit etiam text. in l. licet* 41. §. *ea obligatio* 2. *ff. de procur. l. in his rebus* 66. §. *non* 5. *ff. solut. maritum*, & sic servatur integra contextura Florentinarum Pandectarum, & defenditur in *dist. quod mihi fin. verbum tuam* abique ulla emendatione. Negare tamen non poterit qui ingenue jurisprudentiæ splendorem desideraverit meliorem lectionem esse aliam illam, quæ pro *tuam* legitur *meam*: Et uteam præferendam esse putem, facit quod supra dixi, nempe Paulum ibi cum aliis Consultis significare voluisse exceptionem regulæ generalis, videlicet quod non detur mandati actio, quando in gratiam mandatoris solius intervenit mandatum: & si utriusque gratia mandatum est, ut detur mandatori actio, non provenit ex regulæ exceptione, sed ex ipsa regula: & idem non debebat addere quasi rem novam Paulus vericulum, *quamvis id mandatum ad rem tuam pertinet*; nam quando mandatum ad rem mandatarij pertinet, mandati actio datur: quod ostenditur *tot. tit. Cod. in fin. & ff. mand. ergo* ut exceptio illa conveniat, debet legi *meam*, non *tuam*: Cujus sensus elegans est ex exceptione deductus hoc modo: *quamvis res mea sit, de qua mihi mandati non potuerit, sed tantum consilium dari, tamen tuam etiam esse utilitatem eo casu, quo mandaveris me, ut periculo tuo stipularer à debitor tuo: unde mihi contraria mandati actio esse possit contra te, qui sub hac lege me stipulari mandasti. De hoc §. fin. vide aliqua apud Guillelm. Ma. sum singular. opin. c. 17. n. 5. lib. 5.*

CAPUT X.

An ex lege Falcidia hæredi retentio tantum quartæ detur; an etiam actio?

SUMMARIUM.

Per legem Falcidiam legandi facultas data à lege 12. tabul. coarctata fuit ad certam quantitatem bonorum. Ante legem Falcidiam quid statuerit lex Furia Caninia, demonstratur; & quare id abrogatum fuerit. Quid etiam per legem Vaconiam stabilitum fuerit, ejusque abrogationis ratio redditur. Rationes, & causa inducenda legis Falcidie ostenditur, ut quartam ex legatis hæres detraheret.

- 2 An quarta pars legatis detrahenda per retentionem solam, an etiam per actionem hæres habere possit? Cujacij sententia, ejusque ratio affirmantis benèredi non dari nisi solam retentionem proponatur. Repetitionem non dari probat, ex l. 14. §. 1. l. 15. §. 1. l. 9. 3. in fin. ad l. Falcid.
- 3 Ofovaldi sententia affirmans, soluti repetitionem etiam dari, admittitur; ejus verò rationes non probantur. Ante Justinianum in l. pen. C. de leg. Falcid. hæredem habuisse, & retentionem, & repetitionem quartæ traditur. Hæc sententia ex verbis ipsius Cujacij optimè probatur. Adarguitur Cujacius, & contra eum, l. 54. de cond. indeb. quam pro se offert, adducitur.
- 4 Sententia hæc probatur, ex l. 73. §. fin. ad leg. Falcid. ejusque verba ponderantur. L. Alia sententia competituras impedit, non competentes revocat libertates. Ex l. legatum 80. de legat. 1. argumentum præcedens traditur. In l. 54. de cond. indeb. quid significent verba: quæ jure non valuerunt, docetur. Per legem Falcidiam ultra dodrantem legata non valere recto argumento traditur. Lex Falcidia civibus legandi potestatem dedit, & illam, quam lex 12. tab. dederat, revocavit. Ad id propositum adducuntur, & ponderantur verba, l. 1. ff. ad leg. Falc. Alia verba ejusdem legis, in vers. dum ita detur legatum, explicantur. Sine legis confirmatione neque testamentum, neque quicquam in eo comprehensum valet. Adducitur ad id propositum, l. 6. si quis omitt. cau. testam. l. 67. ad leg. Falc. Redditur ratio, quare legati per errorem ultra dodrantem soluti repetitio hæredi detur.
- 5 Argumentum ex Senatusconsulto Pegasiano ad legem Falcidiam quoad repetitionem soluti fit urgentissimum. Qua ratione Senatusconsultum Pegasianum introductum fuerit, quidque per eum stabilitum ostenditur. Senatusconsultum Pegasianum omnem vim sumpsit ab exemplo legis Falcidie. Adducuntur verba, §. 1. in *fin. de fideic. hæred. & ad Senatusconf. Trebell.* In l. 68. ff. ad S. C. Trebell. solum dubitari de difficultate probationis ostenditur.
- 6 Quare Consulti in l. 5. §. 15. de donat. inter vir. & uxor. l. 45. ad S. C. Trebell. l. 19. & seq. quæ in fraud. credit. l. 62. de cond. indeb. l. 1. C. ad leg. Falcid. dum negant hæredibus repetitionem, rationem hanc præsent, Quia pleniori officio voluntatem defuncti exequuntur docetur. Ex dictis legibus, & earum ratione adducitur argumentum ad probandam nostram sententiam. Legati nomen tam legatum, quam fideicommissum continet: & quando id diversimodè observetur, traditur.
- 7 Eandem sententiam probari, ex l. 82. versic. idem exit, ff. ad leg. Falcid. docetur.

Ejus

- Ejus legis species adducitur, eaque ponderatur. Acceptilatio extinguit debitum, sicut facit vera solutio.
- 8 Falla nunquam retrahitur, & in his singula momenta expectari, demonstratur. Exceptiones omnes facti sunt, & ex aequo & bono nascuntur. Potestatem legis Falcidia retrahitur, ex l. 47. ad leg. Falcid. ostenditur. Argumentum ad probandam nostram sententiam ex dictis perficitur.
 - 9 Ad probandam nostram sententiam adducitur, l. 49. ad leg. Falcid. ejusque verba referuntur. Ex verbis dict. l. formali argumento, nostra sententia probatur. Ponderatur ex dict. l. versic. Cassius quoque, &c. Ad idem tendi l. 108. §. 4. cum seq. de legat. 1. demonstratur.
 - 10 Ex ipso Cujacio alio in loco iterum nostra sententia probatur. Quartam falcidia apud hæredem in ipso jure remanere ex l. 14. ad leg. falcid. & l. 41. de mort. cau. donat. ostenditur.
 - 11 Expressius nostram sententiam probari ex l. 26. ad leg. Falcid. docetur, ejusque verba traduntur. Responsio Cujacij ad dict. l. 26. refutatur. Pars quarta falcidia ne transferatur ad legatarios ipsa lex falcidia impedit. Hæredem aliquando non habere actionem ad quartam falcidiam traditur.
 - 12 Superioribus obviare videtur l. 21. ff. ad S. C. Trebell. De ejus legis explicatione, & emendatione egisse Antonium Fabrum ostenditur. Vera interpretatio absque ulla emendatione ad dict. l. 21. adducitur. Inter legata & fideicommissa observatur quadam necessaria differentia. Statim ab acta hereditate defuncti bona sunt patrimonium hæredis. Instans aditionis hæredis retrahitur ad instans mortis testatoris. Legem falcidiam necessitate induxisse, ut ipso jure quarta apud hæredem remaneret, docetur.
 - 13 Eandem sententia nostra ex Paulo libi. 3. sent. tit. 8. sent. 2. comprobatur. Quod ipso jure debetur, si petatur, non plus petitur, quamvis reus exceptionem habeat. In dicta Pauli sententia ponderantur verba: propter periculum plus petendi. Verba Cujacij, quibus probantur ea, quæ superius diximus, & etiam nostra sententia, adducuntur.
 - 14 Superiora ex §. 33. in *fin. de action. comprobari* docetur. In legatis damnationis, & suendi modum ad legatarium non nisi actio personalis transferatur. Compensationem ipso jure fieri, & ubi est compensatio, qui totum petit, plus petere demonstratur. Ex dict. §. 33. in *fin. de action. argumentum* ad probandam nostram sententiam perficitur. Aliud fundamentum ex Ofovaldo remissivè

- adducitur.
- 15 Responsio Cujacij ad dict. l. 1. 6. ff. ad leg. falcid. refutatur. Nemo dominus, qui possessionem rei habet, potest rei vindicationem habere. Quam incorcinna sit illatio à Cujacio adducta, demonstratur. Conditio indebiti ei, qui solvit, vel cujus nomine solutum fuit, datur. Ex diversis comparationibus fulcitur sententia nostra. In questione illa 2. puta leg. 12. tabul. restat vix dominium rei legatæ transferre in legatarios; & hæc altera, an lex falcidia transferat quartam in hæredem? nullam rationem differentie dari posse contra Cujacium docetur.
- 16 Multum & inaniter laborasse Cujacium in quaerenda ratione differentie ostenditur. In lege falcidia mortis causa donationes Cujacius non comparat legatis, sed legata mortis causa donationibus. Quid scriptum est in l. 1. §. 5. ff. quod legator. Cujacius applicat prius mortis causa donationibus, & ex his ad legata quoad rei vindicationem transfert. Hæc apud Cujacium quare absurde concipiatur, ex l. 32. §. 1. de mort. cau. donat. l. 18. §. 1. de bonor. poss. contra tabul. docetur. Nullibi scriptum reperiri legata comparata esse mortis causa donationibus firmatur. Adducuntur & contra plurima jura, quibus mortis causa donationes legatis comparantur.
- 17 Primo Cujacij fundamento deducto ex l. pen. C. ad leg. falcid. respondetur.
- 18 L. 14. §. 1. l. 15. §. 1. l. 9. 3. ad leg. falcid. quibus nititur Cujacius, fit satis. Cui actio datur, multo magis, si opus fuerit, exceptio dabitur. Sensus l. 47. ff. de obligat. & action. breviter aperitur.
- 19 Præter exceptionem actionem etiam ex lege Falcidia dari probatur ex l. 1. §. 11. ff. ad leg. Falcid. Solum tunc non datur actio hæredi, quando ea necessaria non est. Redditur ratio l. 9. §. 5. de jur. & fact. ignor. isque breviter explicatur. Qui propter juris ignorantiam legata sine deductione quartæ Falcidia soluerit, nihil repetere posse docetur, & quare.

Notissimum principium est ex l. 1. ff. ad leg. falcid., per legem Falcidiam legandi amplissimam licentiam, quam civibus Romanis lex 12. tabul. dedit, de qua supra diximus plura hoc lib. cap. 6. coarctatam fuisse ita, ut semper quarta pars hereditatis integra hæredi servaretur, qua utilitate certa hæredes incitarentur ad adeundas hereditates, & conservandas sic testantium voluntates; quæ alioquin in irritum passim irent recusantibus hæredibus aditionem hereditatum. Et licet antè hanc legem legatis modum fecisset lex Furia Caninia videatur, non tamen eâ sufficienter prospectum fuit: nam illa lege statutum erat, ne cuiquam liceret supra mille asses legare, mortis causâ donare, aut ex legato, mortisvè causâ accipere, Ulp. in fragm. tit. 1. §. minus quam 2. Sed hic modus ductus per legem Furiam Caniniam desiderio non satis fecit, nam testator poterat plurimis legatariis legare singulis mille asses, & sic extinguere to-

ram hereditatem : & in eo testatore , qui non amplius in bonis haberet quam mille asses , vel minus quàm mille , uno legato poterat hereditas ex hauriri ; idèd hæc Sanctio facillè displicuit. Ei verò legi successit lex Vaconia , ut attestatur Justinianus in princ. inffit. de leg. falcid. quâ statutum fuit , nè quis plus legaret , quàm hæredi reliqueret , vel hæredibus : sed hujus sanctionis idem vitium inventum fuit , ac superioris : contingebat enim eam multis legatariis legata relinquere , ut scilicet fieret illa pars hereditatis , quæ hæredi supererat de bonis testatoris : itaque cum non reciperet hæres dignum pretium aditionis hereditatis , quâ res alienum , & alia incommoda hereditatis succere provocaretur ; merito reculantibus hæredibus propter exiguam illam utilitatem , testantium voluntates irritabantur , Theophil. in princ. tit. de leg. falcid. Cicero in Verem. His incommodis ut obviam iret lata fuit lex Falcidia , quâ diligentius cautum fuit , nè quisquam civium Romanorum legare posset nisi tres partes totius hereditatis , ita ut quarta pars ipso jure illibata hæredi servaretur : itaque de 12. unciis , quas hereditas habet , novem poterat testator legare : tres verò sequentes uncias ab hærede retinerentur , princ. inffit. & l. 1. ff. eodem tit. Ulpian. in frag. tit. 24. in fin.

2. **Quæstio** nunc discutienda , ex dictis est , an hæres hanc quartam Falcidiam retinere solvum possit , ita ut ejus repetitionem non habeat : an verò si inconsultè eam legatariis per errorem facti soluerit ; puta credens in hereditate tantam summam bonorum reperiri ; ut sufficiat ad legata integrè solvenda , & ad quartam Falcidiam hæredi pertinentem , habeat nihilominus actionem , & vindicationem ? In hac quæstione constantissimè passim Cujacius credit hæredi non dari nisi retentionem quartæ Falcidiæ , ita ut si eam soluerit , repetere non possit : hæc sententiam tenet , lib. 20. quæstion. Papinian. in l. acceptis 93. ff. ad leg. falcid. & lib. 29. quæstion. in l. in variatione 11. eodem tit. & Imperatoris 2. d. lib. 8. respons. Papinian. in l. cum pater 77. §. marit filius 2. de legat. 2. lib. 4. resp. Papin. in l. inter socerum 26. §. 1. ff. de pact. dotat. lib. 13. resp. in l. qui bonis 15. ff. ad leg. falcid. & ante Imperatorem Justinianum , qui etiam hæredibus repetitionem solutorum tribuit , non potuisse eos repetere , quæ sic solvissent , probat ex text. in l. pater filium 14. §. 1. dicit. l. quod bonis 15. §. 1. dicit. l. acceptis 93. in fin. ff. ad leg. falcid. quam quidem sententiam sequutus etiam fuit , lib. 8. observat. capite 2. & lib. 10. observat. 28. Quam sententiam novissimè etiam sequitur Joan. Villenbachius disp. §. 1. n. 11. & 13.

3. Sed hæc opinio omninò reprobanda est , ut improbat Osvaldus lib. 8. comm. 1. Donell. c. 27. lit. A , licet non rectis rationibus eam impugnet , quod nos Deo dante melius , & accuratius faciemus ; antè tamen statuenda à nobis est verior sententia in sequenti conclusionè. Hæredes antè Imperatoris Justiniani constitutionem , de qua in l. penultim. C. ad leg. falcid. non solum retentionem quartæ habuerunt , sed etiam actionem , & vindicationem , si errore facti decepti plus solvissent , quàm debebant solvere eo casu , quo quartam retinuerent , vel alio modo res legata apud legatarium mortuo testatore reperiretur , hujus sententiæ expressus Author mihi videtur idem Cujacius , qui lib. 2. quæstion. Papinian. in l. ex his omnibus §. 4. ff. de cond. in deb. hæc ad litteram scripsit : *Id evidenter apparet in hærede , qui interveniente falcidia integrum legatum solvit , non debet integrum legatum ipso jure , si locus sit*

legi falcidiæ , l. 73. §. ultim. Digestis ad leg. falcid. quia ipso jure minuit lex falcidia legata pro rata : si igitur sciens hic hæres integrum soluerit legatum , conditioni locus non erit , quia donasse videtur ; Quibus verbis ipse tunc solum agnoscit hæredem non habere repetitionem , quando sciens solverit , quia eo casu donasse videtur : à contrario ergo fatetur , si per errorem facti solvisset , repetitionem & vindicationem habere : alioquin non solum illud verbum sciens apud Cujacium redundaret , sed etiam hoc exemplum de lege Falcidia non adaptaretur dictæ l. ex his omnibus §. 4. ibi enim ait Consultus , ex his omnibus causis , quæ jure non valuerunt , vel non habuerunt effectum , sequitur per errorem solutione , conditioni locum esse : unde si Cujacius crederet solutam per errorem quartæ Falcidiæ quantitatem repeti non posse ; tuade quatum exemplum adduceret ex eo jure , quod nullo modo repeti posset ad id , quod semper repeti posset ; quia regula , ubi deciditur nunquam posse , non est idoneum exemplum ad regulam , ubi constituitur semper posse : ergo fatendum est ipsum Cujacium in supradicto loco sensisse legem Falcidiæ quartæ partis per errorem solutæ hæredi dari repetitionem : quod probatur etiam ex verbis Cujacij , quæ subsequuntur dicto in loco , factâ eadem ponderatione.

Et si hæc sententia non tam apertè scriberetur à Cujacio , tamen ut eam reciperet , & aliam ut falsam repudiaret , sequentibus rationibus cogendus erat. Prima reperitur apud Jurisconsultum Gajum in l. in quantitate 73. §. fin. ff. ad leg. falcid. in his verbis : *Ergo optimum quidem est , statim ab initio ita testatorem distribuere legata , ne ultra dodrantem relinquuntur : quod si excesserit quis dodrantem pro rata portione per legem ipso jure minuantur* : Ipso jure minui quid aliud est nisi dicere , quod in ea quantitate , quæ dodrantem excesserit , legata non valeant , sicut de lege Ælia Sentia dicitur in fraudem creditorum datas libertates ipso jure non valere , quia competitorum impedit , nè competant ; non competentes revocat libertates , facit Anton. Fab. in jurisp. Papin. tit. 6. princ. 1. illat. 2. & passim. Aliàs testator ita legatum facit legatarij , ut nunquam res , quæ legata est , fiat hæredis ; sed rectè viâ à testatore ejus dominium transeat in legatarium , l. legatum 80. ff. leg. 2. unde si illa res vel pars ejus apud hæredem steterit , ita ut aliquo tempore hæredis sit ; si postea res apud legatarium resederit non tradita ab hærede , sed aliunde acquisita ; habebit hæres vindicationem ; vel ipse per errorem facti soluerit eam , ut contingit in eo , qui fortasse ignorabat res alienum , l. regulam 9. §. si quis §. ff. de jur. & fact. ignor. ejus repetitionem habiturus est , sicut in quacumque re indebitè per errorem soluta ex quacumque causa , dicit. l. ex his omnibus §. 4. ff. de cond. in deb. ubi notanda sunt verba illa : *Qua jure non valuerunt* : nam dubio procul posita sunt , ut intelligamus legata ultra dodrantem relicta , quia jure non valent , l. 1. Digestis ad leg. falcid. repeti posse , si per errorem fuerint soluta. Et quod legata ultra dodrantem relicta jure non valeant , sic probò : per legem falcidiam potestas legandi civibus Romanis data fuit , & per eam simul revocata quæcumque alia potestas legandi antiquis civibus tributa per leg. 12. sub. audi verba legis falcidiæ , in dicit. l. 1. quicumque civis Romanus post hanc legem rogatum testamentum faciet , si quantam cuique civi Romano pecuniam jure publico dare , legare voluerit ; potestatemque esto : Quibus mani

manifestum est ab illa lege civis Romanus potestatem legandi sumpsisse ibi : *lus , potest. (quæ esto) ; illa verò potestas non fuit amplissima , sicut illa , quam olim ei lex 12. tabul. tribuit , ut diximus hoc lib. §. cap. 6. sed cononguita per legem falcidiam ad dodrantem tantum , ut ostenditur in dicit. l. 1. ibi : Dum ita datur legatum , ne minus quam quartam partem hereditatis eo testamento hæredes capiant* : Ergo legata illa , quæ dodrantem excesserint ipso jure non valent , nõ solum ex eo quod nullâ lege confirmantur , quod omninò necessarium est ad hoc , ut valeat quidquid in testamento relinquitur : sine legis enim confirmatione neque testamenta ipsa valere poterunt , l. lex Cornelia 28. ff. de vulg. & pupill. substit. l. lex Cornelia 12. ff. qui testam. facer. pass. Anton. Fab. in jurisp. Papin. tit. 11. princ. 9. illat. 4. ibi : *Sed etiam quia testamenta omnia sunt nulla sui natura , & inutilia , nisi quantenus per legem confirmantur , civis sola lex tribuat jus , & facultatem testandi* , Eundem Fabrum vide in jurisp. tit. 2. princ. 2. versic. aliud exemplum : sed etiam quia ipsa lex falcidia voluit pro non legatis haberi illa , dum potestatem legandi extendi ad ea noverit , & aliter legati prohiberit , elegans textus in l. quia autem 6. ff. Si quis omiff. cau. testam. ubi tangi à testatore quadrantem prohibetur his verbis : *Ordo igitur à Juliano adhibetur , ut prius legata prestentur , deinde ex superfluo fideicommissa , dummodo quadrans non tangatur l. quoties 67. ff. ad leg. falcid. Ulpian. in fragm. tit. 24. in fin. Unde provenit , ut ille hæres , qui res legatas jam factas solus per errorem soluerit , possit eas repetere. l. 1. & tot. tit. de cond. in deb. ergo non solum habet hæres quartæ falcidiæ retentionem , sed etiam repetitionem , si aliquis error facti , puta circa calculum , aut alius circa legatorum solutionem intervenierit , l. si sponsus §. §. si quis rogatus 15. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. 1. §. si legatarius 11. ff. ad leg. falcid. calculos enim de ratione dodrantis , & quadrantis semel initus satis declarat propositum hæredis de donante solvendo , & quadante retinendo : quod etiam dicendum est de quolibet alio facti errore.*

5. **Secundò** Senatusconsulto Trebelliano statutum fuit , ut postquam restitueretur fideicommissaria hereditas , non darentur actiones hereditariæ in hæredem , seu hæredes institutos , qui rogati fuerunt restituere hereditatem , sed hi. & in eos , quibus fideicommissaria hereditas restituta fuerit , ut manifestè demonstratur ex ipsius verbis senatusconsulti , quæ extant in l. 1. §. cujus verba 2. ff. ad S. C. Trebell. ne aliter (ut antea erat) postulo jure propter merum litium , seu prætextu metus hæredes scripti adire hereditatem reculerent , ut Ulpianus ait in §. seq. Hoc remedio adhuc non erant propensi hæredes ad aditionem hereditatum , quia scripti , & instituti , cum aut totam hereditatem , aut penè totam plerumque restituere rogabantur , adire hereditatem ob nullum : vel minimum lucrum recusatent , atque ob id extinguerentur fideicommissa , & voluntates testantium in irritum irent , ut huic incommodo obviiaretur Senatusconsultum temporibus Vespasiani factum fuit , quod Pegasiano vocabatur ; quo cautum fuit , ut ei , qui rogatus esset hereditatem restituere , perinde liceret (verba sunt Justiniani in §. sed quia 4. inffit. de fideicom. hered. & ad S. C. Trebell.) quartam partem retinere , atque ex lege falcidia ex legatis retinere conceditur : Quibus sciendum est circa hanc quartam retinendam idem jus statutum fuisse , ac statutum antea erat circa retentionem quartæ ex lege falcidiæ : nihil enim juris

novi ex Pegasiano exprimit Justinianus , sed id solum , quo in legatis ex falcidia observabatur , etiam in fideicommissariæ hereditatis restitutione observari jussit , imò in legatis jus strictè us adhuc servatur , quàm in fideicommissis , ut docetibus infra hoc cap. num. 12. sed in Senatusconsulto Pegasiano si hæres totam hereditatem restituere rogatus sponte eam acceperit , & sine deductione quartæ partis restitueret , difficile credi posse per ignorantiam magis , non explendi fideicommissi causa hoc hæredem fecisse ait Jurisconsultus Valens in l. si hæres 68. §. 1. ff. ad S. C. Trebell. attamen si probaverit hæredem per errorem quartam non retinuisse , recuperare eam poterit : quo in textu solum dubitatur de difficultate probationis , an probare hæres possit per errorem soluisse , & gratiam partis quartæ quam retinere ex Pegasiano potuit , fideicommissario non fecisse : ceterum si constituerit per errorem soluisse , non dubitatur de danda repetitione hæredi per conditionem certi ; quia semper certum est , quod supra dodrantem solutum est : ergo multò magis hoc jus repetitionis observandum est in hærede , quæ sine de deductione quartæ falcidiæ legatariis integra legata persolverit.

Tertio Jurisconsulti plures quando agunt de hærede , qui sine deductione quartæ falcidiæ , aut Trebellianicæ integra legata , & totam hereditatem tradidit , ut ei negent repetitionem illam . hæc actione sola moventur , nempe quia hæredes magis pleniorè officio fidei præstandæ voluntatem defuncti implent , & sequuntur , l. si sponsus §. §. si quis rogatus 15. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. qui totam 45. ff. ad S. C. Trebell. l. partem 19. l. adhiberem 20. ff. que in fraud. credit. l. 1. c. ad leg. falcid. quibus legibus adjungere volo textum in l. fideicommissum 62. ff. de cond. in deb. cum Cajacio ad Papinianum in dicit. l. partem , cujus verba intelligenda sunt in eo , qui sciens fidei explendæ causâ promissit , & dedit fideicommissam , quod ob quartam falcidiam retinere poterat , & improbatum jam erat ex ea partæ , quæ quartam hereditatis excedebat : idem etiam de legato accipiendum , nam postquam per leg. 1. ff. de legat. 1. per omnia æquaria sunt legata fideicommissis , reciproco verbo vomitantur legata nomine fideicommissorum , & fideicommissa nomine legatorum , non absolute in omnibus ut docuimus supra lib. 2. cap. 9. num. 14. sed in his , quæ æqualia sunt tam fideicommissis , quàm legatis quale est illud , ut ex fideicommissis particularibus deducatur lex falcidia , ac deducitur ex legatis : de quo optimè Osvaldus , quamvis Author damnatus lib. 8. comm. Donel. cap. 24. liter. A. in modo tamen deducendæ quartæ diversum observatur in fideicommissis , ac in legatis : de quo vide quæ dicemus infra hoc cap. num. 12. sed supradicta ratio à Consultis repetita insulsa , ineptaque omninò esset , si per errorem solutam quartam partem legatorum hæres repetere non posset : nam sive fidei explendæ gratiâ , sive erroris causâ soluta æqualiter , & irrevocabiliter legatarij fiebant : ergo vel delenda erat in omnibus distinctio illa fidei explendæ , sciens , vel ignorans solutionem legatorum ; vel ne hoc nefas Consultris objiciamus , fatendum est quartam falcidiam per errorem facti solutam ab hærede repeti posse. Jam igitur rectè probatum habemus , quod hæres possit illam quartam , quæ quartam falcidiam excellerit , repetere ; nunc restat probare , an repetat conditione indebiti sola , an etiam si opus fuerit rei vindicatione.

Quarto Ulpianus eandem sententiam amplecti-

ur, l. quarebatur 82. versic. idem quod erit ff. ad leg. falcid. ubi ait, quod si is, qui quadringenta solū bonis habebat, ea ipsa debitori suo mortis causa accepta d' tulerit mortē donatoris sequuta, si in ejus bonis non inveniantur amplius, quā ea quadringenta in trecenta tantū illa acceptilatio valeat: quis crederet acceptilationem per exceptionem valere, cum ea omnino extinguat debitum, sicut extinguit vera solutio, in diem 5. l. si ex pluribus 16. l. si sub conditione 21. ff. de acceptilat. §. non solum 7. §. 1. in fin. ff. de liberat. legat. Itaque certissimum est ipso jure valuisse acceptilationem in trecenta, ipsoquē jure non valuisse in centum: & ideo ea centum per sectionem ab eo, cui debitum accepto latum fuerat; posse heredem exquirere, non verō conditione incerti, sed illā actione antiqua, quæ testatori competeat ante interpositam acceptilationem, quia quantum ad illam quartæ partis debiti quantitatem acceptilatio ipso jure nulla fuit.

8 Quinto ea omnia, quæ facti sunt, non habent retrotractionem, sed in eis singula momenta spectantur. l. qui bona 23. l. bona fidei 48. ff. de acquir. rer. domin. l. sequitur 4. §. si an equam 18. ff. de usucap. l. mora 32. ff. de usuf. ita quod retinetur per exceptionem, quæ facti est, exceptiones enim facti sunt, ut de exceptione non numeratæ pecuniæ scriptum est in l. apud Celsum 4. §. adversus 16. ff. de dol. mal. & met. except. quia exceptiones in æquo & bono consistunt, & contra subtilitatem juris æquitate suggerente inducuntur, l. si quis 36. ff. de verb. obligat. quod quidem æquum, & bonum facti est, & non juris: & ita certum principium non habent ea, quæ facti sunt, ad quod referri possint, sicut illa, quæ juris sunt, l. de accessionibus 14. ff. de divers. & temporalib. præscrip. l. in omni 2. ff. de jur. & fact. ignor. sed potestas legis falcidiæ retrahitur, uti contingit in pensionibus, l. lex falcidia 47. ff. ad leg. falcid. quæ non retraheretur, si ipso jure non diminueret quartam: ergo per legem falcidiam quarta pars legatorum, si his exhausta hereditas fuerit, sit hæredis ipso jure, & non ope exceptionis.

9 Sexto, Jurisconsultus Paulus sententiā Cassij referens in l. Plinius 49. ff. ad leg. falcid. hæc nobis scripta reliquit: *Servo quem tibi legaveram, fundum legavi; Atticinius, Nerva, Sabinus primum in servo rationem legis falcidiæ habendam, & quota pars ex eo decederet, eam partem in fundo legato inutilem futuram; deinde ex reliquis partibus fundi, legis falcidiæ portionem de essuram, sicut ex omnibus legatis: quibus sic argumentor: pars legati in fundo inutilis esse non potest nisi pars ex servo decedat ipso jure, quia validitas vel invaliditas partis fundi legati eundem rigorem servat ac validitas, seu invaliditas partis legati servi: sed pars legati fundi inutilis est absque ulla exceptione ipso jure: ergo pars legati servi ipso jure decedet ex servo: imò pars legati tum in servo, tum in fundo decedere per legem falcidiam non posset, neque id diei poterat, si dominium ejus apud legatarium remaneat, aut hæres retentionem tantum habeat: & idem ut decedere dicatur, necesse est ipso jure partem illam per legem falcidiam hæredis fieri, Prosequitur Paulus in vers. Cassius ibi: *Cassius quod servo pars lege falcidiæ decedat incipere servum fieri communem hæredis, & legatarij &c.* ubi verba, *incipere servum fieri communem hæredis, & legatarij*, nihil aliud faciunt, quā demonstrare, ut servi illius, qui per legatum proprius legatarij ipso jure factus fuerat l. legatum 80. ff. de legat. 2.*

quarta per simili jure rursus hæredis facta sit: sed id per exceptionem non contingit, quia contraria sunt ipso jure quid fieri, & per exceptionem fieri: ergo hæres non solum habet per exceptionem, seu retentionem res, quæ quartæ parti correspondent; sed ipso jure dominium earum nanciscitur: ob quod si opus fuerit, eis actio, & vindicatio datur. Eodem spectat etiam textus in l. si servus 108. §. Sibi cum 4. cum seq. ff. de legat. 1.

Septimo, nescio quid sibi velit Cujacius, dum in dicit. lib. 8. observat. cap. 2. docet, quartam partem Falcidiæ heredem ut dominum habere: quid est jure hæreditario, nisi ipso, & directo jure habere, & ipso jure per quartam legata diminuta fuisse; ut in servo, qui cum peculio venditus esset, & furatus fuisset aliquid, dicitur ipso jure ob id factum minutum fuisse peculium in l. servus 30. ff. de actionib. empr. Falcidiam verò ipso jure heredem remanere certum est ex l. pater 14. ff. ad leg. falcid. l. quod statu liber. 41. ff. de mort. cau. donat. & passim eod. tit. de leg. falcid.

Octavo expressè sententiā nostra probatur ex l. l. 1. §. 26. ff. ad falcid. cujus verba nisi evidente calumnia cavillentur, aliter intelligi non possunt: ibi ait Scævola, *Lineam margaritarum viginti quinque legavit, qua linea apud legatarium fuerat mortis tempore: quarta, an ea linea hæredi restitui deberet propter legem falcidiam? respondit posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac si malit posse vindicare partem in ea linea, qua propter legis falcidie rationem deberet remanere.* Neque satisfacies, si cum Cujacio dixeris dicit. l. hoc speciale esse in eis legatis, quæ apud legatarium mortis tempore inveniuntur: quod non est protrahendum ad cætera legata. Ratio verò differentiæ ab eo allata hæc differentiam legatorum non probat: nam si res legata apud legatarium sit tempore mortis testatoris, sive sit apud testatorem ipsum; ejus legati dominium, quod testatoris fuit, rectè viā ab hereditate transit ad legatarium nunquam factum hæredis, ut diximus supra hoc lib. cap. 8. num. 12. ergo in quocumque legato per vindicationem relicto sive res legata apud legatarium fuerit, dum moritur testator, sive apud ipsum testatorem, statim sit legatarij: sed illius partis, quæ correspondet quartæ falcidiæ, dominium non sinit lex falcidia, ut in legatarium etiam rei legatæ possessorem possit transferri, ob quod hæredi tribuit vindicationem: ergo hæres non solum habet retentionem quartæ falcidiæ, sed etiam actionem: & tunc solum non habet actionem hanc, quando totam rem legatam possidet; non quia non habet alioquin actionem ex lege falcidia, sed quia jus naturale tunc actionem negat, quia actio nunquam ultrò possessori datur, quippe sufficit ei, quod possideat, ut ait Ulpianus in l. 1. §. interdictum 6. ff. uti possid. Cæterum si hæres possessionem rei legatæ non habeat, nescio quo pacto, & colore ei sit vindicatio deneganda, cum lex falcidia jure hæreditario hæredi pro illa quarta parte dominium in hereditate servet: de Cujacij rationis impugnatione vide quæ dicemus infra hoc cap. num. 15.

Neque his quidquam obstat Juris consultus Pomponius in l. hæres 21. ff. ad S. C. Trebell. ubi ait, quod si hæres, qui debuerat partem quartam retinere, totam hereditatem restituerit, neque stipulatione proposita sibi caveat, similis sit his, qui retentiones, quas solas habent, amittunt, quibus apertè videtur ostendere illam, quis restituit fideicommissariam hereditatem, retentiones solas habere: & ut hæc sententiā non careat auctoritate, Aristonem

Aristonem eam affirmasse tradit Pomponius his verbis: *Similem eum esse Aristo ait illis qui retentiones, quas solas habent, amittunt.* Anton. Fab. in ration. ad l. hoc Senat. consultum 5. §. 1. ff. de usuf. ear. ver. quæ usu consum. negationem dicitis verbis addit & docet sic legendum esse, *similem non esse*: De cuius legis explicatione pluribus agit de errorib. pragmat. decad. 20. error. 10. Sed non addit negatione facile nodus hic dissolvitur, si observemus dicit. l. si hæres, loqui de fideicommissio, à quo nihil rectè transire poterit ad legatum: cum multum plus habeat legatum per se, quā ullum fideicommissum; quia major potestas est legis falcidiæ ex eo, quod major exigebatur ob legatorum naturam: quā senatusconsulti Pegasiani, ut minori auctoritate damnans minantibus occurratur: ratio est, quia fideicommissa non ita debentur ex lege 12. tabul. & idem nunquam valuerunt recto jure primo instit. de fideicom. hered. Ulpian. in fragm. tit. 24. in princ. & tit. 25. in princ. unde fideicommissa, quamvis potè relicta fuerint, prius hæredis sunt, quā is restituere teneatur. Paul. lib. 4. sent. tit. 1. sent. hæres ante aditam: Legatum verò ita dominium rei legatæ legatarij facit, sicut hæreditas hæredis res singulas, l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. à Titio 64. ff. de furt. hoc ipso jure fit, quia hereditas hæredis res singulas ipso jure facit, imò ex ipsa, l. 1. 2. tabul. l. hæres in omne 37. ff. de acquir. hered. l. cum hæres 25. ff. de acquir. possess. l. 1. §. Scævola 15. ff. si quis testam. liber esse iuss. erit: quod non solum statim ab adita hereditate bona defuncti sunt patrimonium hæredis; l. 1. §. de separat. l. sed si pater 10. §. filio 2. ff. de vulg. & pup. substit. l. per procuratorem 90. ff. de acquir. hered. sed etiam instans additionis hæredis, instanti mortis testatoris per fictionem adiungitur, ita ut ab ipsa morte testatoris in omne jus defuncti heredem successibile crederetur, ut sine interruption dominia, quæ defuncti fuerant, in hærede ipso jure contineretur, l. hæres 54. ff. de acquir. hered. l. omnis §. 8. l. omnia serè 19. ff. de regul. jur. D. D. Melch. de Val. trad. 3. c. 1. n. 16. Itaque lex falcidia necessitate ipsa cogente id, quod dodante excedit, non potuit alio modo; quā ipso jure misuere, aut ad hereditatem revocare: aliis enim hæredis foret relicta viā ab additione hereditatis: ergo hoc argumentum, quod de fideicommissis concipitur, nihil legatis quoad modum detrahendæ quartæ falcidiæ potuit immutare: & sic rectè absque additione negationis dicit. l. hæres sententiā sustinetur, quæ sic observata his, quæ superius diximus, non opponitur.

15 Non id ipsum confirmatur ex Paulo lib. 3. sent. tit. 8. sent. 2. ubi ait, *Quoties de modo quartæ retinendæ queritur propter periculum plus petendi officio iudicis omnibus æstimatis quartam falcidiam esse, quæ apud heredem remaneat*: Sed nullum periculum plus petendi esse potest de eo, quod per exceptionem tantum plus debetur; ratio evidens est, quod is, cui per exceptionem minus deberi potest, illud plus, quod excipiendo minui potest, retinere perit, quia ipso jure ei debetur: & solum illius manifesta culpa est, qui à principio pure plus petit; quā ipso jure ei debeatur; nam ab initio, & statim minus ei debetur; & concurrunt in eodem instanti plus petitio; & minus debitor; quo necesse est, ut quis à causa cadat: illius verò nulla culpa esse potest, cui ab initio non debetur minus, quā quod petit: sed postea per exceptionem incipit minus deberi: Itaque ei nihil imputari potest, si in eodem petitionis instanti non concurrunt plus petitio,

& minus debitor; quia actio, qua petitur, prius dicitur in iudicio, quā exceptio, qua actio exciditur: idem dum non fuit proposita actio; omne, quod perierat, debetur: & si aliquo incipit minus deberi, est post exceptionem interpositam; itaque antequam ea interponatur, nondum plus petit, quia nondum ei minus debetur; nam ei solum minus debetur, cui ipso jure non plus debetur, l. verū est 4. ff. de compens. Paul. lib. 2. sent. tit. 5. sentent. compensatio: Ergo ipso jure non debetur quarta illa, quæ si peteretur, plus petens legatarius caderet à causa: id enim significant verba, *propter periculum plus petendi*, superius relata. Et hoc ipsum non obscuris verbis fateatur ipse Cujacius in dicit. tit. 8. sent. 2. dicit hæc dicit: *Si hæres legatarium plus petere dicat, quasi ipso jure per legem Falcidiam imminuto & recto legato: ab iudice omnibus diligenter æstimatis dividenda est pro quadrante, & dodante hereditas inter heredem, & legatarium &c.*

Decidit, ne sola auctoritate Pauli in sententiis simul contenti, audi Justinianum, qui in §. si quis agens 33. instit. de action. docet jure antiquo cum legatarium plus petiisse, & causa cecidisse, qui totum legatum petiisset; in quo lex falcidia locū habuisset: quod esse non posset, nisi lex falcidia legatum, vel actionem de legato (actionem de legato addidimus, propter legatum damnationis, & sinit di modum; quibus in legatarium non transferebatur dominium rei legatæ, sed tantum actio in personam, l. qui concubinam 29. §. si hæres 3. ff. de legat. 3. Paul. lib. 3. sent. sentent. ususfructus uniuscujusque rei, facit, l. hereditarium 40. ff. de obligat. & action.) ipso jure diminuerit: quod ex eo perspicuum est, quod ipse Cujacius in dicit. lib. 2. sent. tit. 5. sent. compensatio, compensationem ipso jure fieri fateatur, & idem qui totum petit à reo, cui & ipse actor vicissim aliquid debet, cum plus peteret & jure veteri formula cadebat, Paul. d. loc. in fin. ergo actionem ipso jure minui amplius est, quā exceptionem; aut retentionem habere. Hæc fundamenta nostræ sententiæ dedimus; aliud etiam apud Osulvandum, qui nobiscum breviter sentit lib. 8. comm. Donel. cap. 27. liter. B. in fin. videre poteris, quod quidem fundamentum ab eo deducitur ex l. si debitor 12. ff. ad leg. falcid.

Præterea redeamus ad Cujacium, qui ut effugeret vim, l. lineam 26. ff. ad leg. falcid. nimis levem, & apertè falsam legatorum differentiam suo ingenio fluxit, ut notavimus supra hoc cap. num. 11. quia in lege cum Consultus dixisset, quod si hæres malit, posset, vindicare partem in ea linea, quæ propter legis falcidiæ rationem deberet apud heredem remanere, ait ille hoc speciale esse in legatis rebus, quæ apud legatarium fuerunt tempore mortis testatoris (postea dicemus de specialitatis ratione; nunc de ipsa specialitate) nescio quid speciale habeat hoc legatum, ut ab hærede vindicari possit, nisi illud solum, quod commune est omnibus legatis, quæ hæres vindicare potest ratione quartæ falcidiæ, dum eorum possessionem non habeat: nam si possessionem habere, vindicare non posset propter naturale impedimentum, quod non sinit dominus no possidenti in quacumque re actionem dari; quippe sufficit possessori quod possideat, d. l. 1. §. interdictum 6. ff. uti possidet. & ex eo; quod possessio apud legatarium est, rei vindicatio hæredi datur; quia sublatum est impedimentum possessionis, quod omni possessori nocet, & impedit; nè agat: itaque ex hoc, quod hæres, qui possidet, non possit agere propter illud accedens; nempe quod possideat; infel

inferre regulariter heredi dominium, vel actionem in rem non esse, videnda certe latio est. Rogo, si res legatæ, quibus exhausta est tota hereditas, non essent apud heredem, neque apud legatarium, sed apud tertium possessorem eo tempore, quo testator decessisset quare cum ipso jure per legem Falcidiam dominium quartæ partis permaneat apud heredem, non poterit illam hæres vindicare à possessore illo, sicut dodrantem possunt legatarij vindicare? et si univèrsas legata sua vindicatione consequerentur legatarij, postquam possiderent, quare ad eis quartam partem non avocavit per actionem in rem, peniude ac si illæ res essent apud legatarios à tempore mortis testatoris? Per conditionem indebiti recuperare eam non poterit, quia nihil hæres solvit: & conditio indebiti solum datur ei, qui solvi §. 1. *insti. quib. mod. re contrab. obligat. l. si in area* 33. ff. de cond. indeb. vel ei, cujus nomine per alium solutum est, l. *indebitum* 47. l. *cum indebitum* 57. *ead. tit.* ergo per vindicationem eam recuperabit, ut contingit in *dist. l. lineam*. Sicut lex 12. *tabul. recta* vià ad hereditatem transit ad legatarium dominium rei legatæ, ut supra probavimus *hoc lib. cap. 8. num. 20. & seqq.* ita per legem Falcidiam conservatur dominium quartæ partis hereditariarum apud heredem, quia quoad illam quantitatem valere legata prohibuit: ergo sicut legatario datur rei vindicatio ad recuperanda legata, & occupanda ea non expectato heredem, Ulpian. in *fragm. tit. 24. §. per vindicationem* 7. *Cajus libr. 2. insti. tit. 5. §. vindicationis* de contrā dabitur heredi etiam vindicatio circa quartam Falcidiam non expectato legatario, & quia non est minor legis Falcidie potestas ad quartam illam in dominio heredis conservandam, quam legis 12. *tabul.* ad transferenda legata ad dominium legatarii: & si aliqua ratio differentie est, eam nobis Cujacius præterit, vel ejus nomine alius.

16 At verò ut illam nobis tribuat, summopere ingenium suum fatigavit: non potuit tamen se ab onere hujus difficultatis expedire, nisi constituens rationem specialitatis plus ridendam, quam sicut nuper ipsa specialitas: nam tota ejus ratio in eo nititur conatur persuadere, quod in *dist. l. lineam*, vindicatio ea, quæ datur, sit illa quæ propria facta est in donatione causa mortis ex constitutione Divi Severi, qua agitur, in *l. si mortis* 5. C. ad leg. Falcid. & per exemplum ipsa in legatum transferatur. Inauditam certe rem intendit in eo exemplo Cujacius, eum in lege Falcidia mortis causa donationem non equiparet legatis, sed contrā legata mortis causa donationibus conferat: & quod Ulpianus in *l. 1. §. si quis* 5. ff. quod legatæ ait: *Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum, quia portio legis Falcidie apud heredem ipso jure remanet; nisi corporaliter res infideliter translata sunt:* Iam Cujacius mortis causa donationibus primogenium facit, ita ut cetera, quæ sunt propria legatorum mortis causa donationes à legatis accipiant: hoc verò, quod in dicto casu vindicari legata possunt, è contrā accipiant legata à mortis causa donationibus: contrā quam distinctionem, præterquam quod faciunt *l. cum hic status* 31. §. 1. ff. de donat. caus. mort. l. sed sub conditione 18. §. 1. ff. de bonor. poss. contra *tabul.* nullibi scriptum reperies legata comparata esse mortis causa donationibus, sicut de contra donationes causa mortis comparatas esse legatis passim scriptum in jure legimus *l. vel mortis* 2. ff. de public. in rem action. l. *Ad. cellus* 15. l. & si debitor 17. l. *securus* 35. *illud* 37. ff. de mort. cau. do-

nat. l. *circæ* 66 §. 1. ff. ad leg. falcid. l. 1. §. 1. ff. si quis in fraud. patronor. §. *igitur* fin. *insti. de inoffic. testam.* §. 1. *versic. ha. mortis insti. de donat.* l. 1. §. *illud* 2. ff. usufr. *quædam. caveas.* l. si filius 20. in fin. ff. de legat. præstand. l. post legatum 5. §. *quis mortis* 17. ff. de his, qua ut indigni. ubi præter causam ibi exceptam comparatio manet *l. fin. C. de mort. cau. donation.*

Nunc restat, ut respondeamus fundamentis, quæ pro sua sententia adducit Cujacius. Primum enim assumit ex textu in *dist. l. pen. C. ad leg. falcid.* ubi Imperator Justinianus asseverat à se sancitum esse id, quod ibi scriptum est; id enim demonstrat verbum *sancimus*, & verbum *providemus*, quibus ubi utitur Imperator: hoc tamen nullum negotium contra nos facit, nam præterquam quod eodem modo passim Justinianus loquitur, etiam tunc quando agit de eo, quod ante eum actum fuerat, cujus exempla plurima deducta ex institutionibus dedimus supra *hoc lib. cap. 7. num. 3. usque ad fin. cap.* quibus & hic textus conjungendus est, non id novi statuit Justinianus; sed id solum, ut hæres, qui conditionis implendæ causâ plus dodrante hereditatis impendisset (de quo aliàs nihil reperitur esset, quia non jure legati, aut testamenti causâ datum esset) nihilominus quod dodrantem excederet, quasi per legem Falcidiam repetere posset: quod sententiæ nostræ non opponitur.

Uterius suam sententiam Cujacius probat ex tribus legibus: prima est, *l. pater* 14. §. 1. ff. ad leg. falcid. ubi avia nepotibus heredibus institutis dicitur fideicommississe, ut omnia ratione, quæ per legem Falcidiam ex alio testamento eis competeat, solida legata fratribus, & cohæredibus soluerent: qua in lege dicit Consultus, ut remitterent retentionem: non dixit, ut remitterent actionem: ergo legis Falcidie retentio tantum est, non verò actio. Secunda est, *l. quod bonis* 15. §. 1. *ead. tit.* ubi in fine hæc scribuntur: *Et idem sororem jure publico retentionem habituram, & actionem ex stipulata denegandam:* In qua lege omnia ponderanda sunt, ut fecimus in lege superiori. Tertia est, *l. acceptis* 93. *ead. tit.* ibi: *Propter fideicommissum sequens quarta retentioni locus erit, & in fine legis: Quasi retentam, & præceptam pecuniam.* Hæc verò fundamenta levissima sunt, & facile dissoluntur: nam dictis in locis, cum aliqua aliæ reperiantur, in quibus similiter loquatur, nullatenus heredibus actio negatur, sed hic sensus in illis est, quod cui actionem damus, & multo magis, si opus fuerit, nos exceptionem demus, *l. necnon* 28. §. *ultim. ff. ex quibus cau. major.* l. 1. §. *si is autem* l. apud *Celsum* 4. §. *si quis pupillo* 4. ff. de dol. mal. & *net. except.* idque significatur, in *l. Arrianus* 47. ff. de obligation. & action. & ait facilius quam obligari quemquam liberari. Unde cum in lege Falcidia detur actio ad petendum, quod apud heredem non est; multo magis, si opus fuerit, heredi dabitur exceptio: & idem cum jure directo hæres petere potest id; quod ab alio possidet, multo magis retinere poterit, id quod ipse possidet: itaque non negatur dictis in locis actionem heredi dandam, sed retentionem, quando non solum dominium, sed etiam possessionem habet.

Et quod actio detur ad petendam quartam Falcidiam, quando hæres non possidet res, quæ quartam constituant, expressè probatur ex *l. 1. §. si legatarius* 11. ff. ad leg. Falcid. ibi Paulus ait: *si legatarius possessionem nactus est, & non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem dabitur actio heredi, ut id, quod supra dodrantem est, offeratur quibus manifestum est heredi ex lege*

lege Falcidia dandam esse actionem, & non solum retentionem. Actionem omni casu non habere fatendum est, at non omni casu necesse est; aliquo enim casu hæres eam non habet, ut puta quando per ignorantiam juris legata integra soluerit, *l. regula* 9. §. *si quis* 5. ff. de jur. & fact. ign. id verò ibi specialiter contingit propter naturam obligationem, quæ delegatis, & fideicommissis omnino, & sine lege, vel etiam contrā legem est, quamvis à nuda voluntate testatoris proveniat, à qua naturali obligatione nihil tamen adversus legem Falcidiam causari potest, quæ lex juri naturali quæque derogat, & plenum exitum habere potest, si ejus beneficio hæres uti velit, in cujus favorem facta est; imò et si uti omiserit, modò per imprudens non fidei omiserit, neque ita solutioni renunciavit, neque renunciassè videtur at videtur renunciassè si priorioris ignorantiam solvat §. *incertis* 25. in fin. *insti. de leg. l. error* 4. l. *pen. C. ad leg. Falcid.* l. *si sponsus* 5. §. *si quis rogatus* 15. ff. de donat. inter vir. & ux. *Paul. lib. 4. sent. tit. 3. sent. ult. nisi minor sit, qui imprudens solvit, tunc enim repetitio soluti ei datur, l. illud* 25. ff. minor. Ratio est, quia qui imprudens solvit, sibi imputare debet, quasi scierit, & consultò dederit: donavit enim; ejus enim negligere donare est. In naturali obligatione non spectatur scientia, aut voluntas solvens solutionem tantum spectatur, ut in obligatione justa, quod jus nullo jure civili, nullâ Falcidiâ infirmari potest sed tamen non eò minus debitor suum intelligitur dedisse, suam videlicet ipso jure factam, postquam vel possidens exceptionem, vel amittens ad eam rem recuperandam suo casu actionem habuit, & verò naturali obligatio non habet eum potestatem, & vim, ut dominium quartæ Falcidie ipso jure transferat in legatarium, illam verò potestatem habuit, *lex* 12. *tabul.* quam potestè lex Falcidia ei derogavit: His abundè confirmata manet sententia nostra, qua asserimus hæredi ad quartam legis Falcidie habendam non solum dari retentionem, sed etiam vindicationem.

CAPUT XI.

Explicatur textus in *l. 1. §. ultim. ff. ad leg. Falcid.*

SUMMARIUM.

- 1 Ante deductionem falsidia omne as alienum deducendum esse docetur, ejusque ratio redditur. Impense funerum aris alieni locum obtinere, & omne aliud creditum præcedere traditur.
- 2 Antiquo jure de impensa monumenti dubium fuisse, ex *l. 50. §. 1. de petit. hered. l. 7. de ann. legat. l. 17. de cond. & demonstrat.* & n. seq. In dictis legibus impensam in eo solo casu deducendam esse, quo necesse sit monumentum construui, affirmatur. Illam non esse deducendum probant, *l. 1. §. final. ad leg. Falcid. l. 37. §. 1. de relig. & sumpt. funer.* Sententia dict. *l. 1. §. fin. explicatur, & ea moderatur.* in *l. 2. dict. tit. & hujus legis verba referuntur.* Quid Cujacius senserit circa *d. l. 1. & quomodo eam explicaverit, demonstratur.* Cujacium mentem Jurisconsulti assequuntur nos Hier. Oroz, de Apic. Jur. Civ.

fuisse, ostenditur.

In dict. *l. 2. legem Falcidiam dicitur minuire pecuniam relictam ad constructionem monumenti.*

Item post deductionem Falcidie non esse dandam legatario omnem pecuniam, quæ superest, traditur.

Unde hoc ultimum provenit, ostenditur.

Quomodo in dict. *l. 2. explicentur verba:* Ad modicam speciem monumenti, docetur, & n. seqq.

3 His verbis correspondere verba: si probabilem modum faciendi monumenti, & *ead. l. 30. §. 1. de petit. hered. traditur.*

Eandem sensum habere verba itaque in eodem quid æstificari, & c. in *d. l. 37. §. 1. de religiof. & sumpt. funer. ostenditur.*

Quia his verbis Consultus in omnibus his locis significare velim, demonstratur.

Ob mores intrudenda in apud civem civilem modum excedere non licebat.

Explicatur elegans verba, *l. 3. §. fin. ff. de fupellect. legat. in vers. sed craterem.*

Eodem sensu explicantur in princ. *insti. de obligat. verbis*, secundum nostræ civitatis jura.

Eandem explicantur desiderant, in §. *1. insti. de patr. potest. verba*, proprium est civitatis Romanorum, & c.

4 Modus hic civis in Imperatore, seu Principe, qui non secundum sui auctoritatem, sed civibus convenientem modeste impedit, sumendus est.

Adducitur elegans ratio ad *l. 4. C. de legib. & l. 25. de legat. 3.*

Ille loquendi modus; puta civili modo frequens fuit tempore Taciti, & Plinii secundi.

Plurima ex his hujus loquentis generis monumenta adducuntur.

Tertulliani, Vellei, Paterculi, insignia testimonia ad idem referuntur.

Ex superioribus egregia explicatio ad *d. l. 1. ff. ad leg. Falc. adaptatur.*

Quomodo olim monumenta construerentur, remissivè docetur.

Notissimum etiam juris principium est, quod de tota illa quantitate, quæ erat in bonis testatoris, cum ipse moreretur, antequam mureret ratio legis Falcidie, deduci debere omne æs alienum, id est nomina, & obligationes, quæ erant adversus defunctum, vel quantum sit satis ad soluenda omnia ejus debita: & id, prius deducebatur, quasi nec fuerit in bonis testatoris, quando is moreretur, non possunt *l. 3. ff. de jur. fisco. l. sub signatum* 39. ff. de verb. signif. In ære alieno computantur non solum quod testator debuit, sed etiam impensa in funus testatoris facta, quæ quamvis eam testatorem debuisset unquam videri possit, quia post mortem ejus facta est, tamen strictâ ratione in super habitâ propter publicam utilitatem, nè insepulta cadavera manerent, æris alieni loco etiâ hæc impensa habetur: & adeò efficax fuit ratio, quæ pro religione facit, ut hæc impensa quasi omnino privilegiata omne aliud creditum præcedere soleat, *l. 1. l. sunt persone* 43. *l. impensa* 45. ff. de religiof. & sumpt. funer. *l. Papinianus* 8. §. *quarta aasen* 9. ff. de inoffic. testam. *l. 1. §. ult. ff. ad leg. Falcid. Paul. lib. 1. sent. ult. in fin.*

Antiquitùs cù de impensa monumenti construendi defuncto dubitatum fuisset, an deduci etiâ deberet

atque legum sollicitum; Solinus dicit tunc deducendum esse si necessarium fuerit: omnino tamen iure: & sic respondit solinus forte quatenus cuiquam monumentum edificare necesse esset: quod antea videtur Papianus in l. hereditas 30. §. 1. Digestis de legat. l. Quintus Marcius 7. ff. de legat. l. in reponendo 27. Digestis de cond. & demorf. Sed postea Marcellus certior monumentorum necessitas circa de eadem questione conclusus fuit, respondit impensem monumentorum non esse deducendam: nam ejus, quod in-
 3. Hujus l. 1. modicam monumenti speciem denotant verba illa: Utiq; si probabilem modum facienda monumenti sumptus, &c. quae extant in dict. leg. hereditas 30. §. 1. ff. de heredo. petit. & illa, quae referuntur, in dict. l. funeris 37. §. 1. ff. de religiof. & sumptib. funer. itaque si anulum quid adificari testator jufferit, &c. quibus nihil aliud demon-

stratur, quod civilis ille modus, ad quem restricti erant cives, ita ut ultra illum non possent fieri monumentum ad ornamentationem, etiam si testator sumptibus opibus abandaret: quod respicit etiam illud, quod Paulus scriptum reliquit, in l. supellectili 3. §. fin. ff. de supellect. legat. ubi querens, an aliquod vas argenteum esset in supellectiliis respondit: Sed craterem argenteum non esse in supellectili, neque ullum vas argenteum: secundum sacri sacrorum non duntaxat admittentis supellectiliens argentam: Quo in textu nihil aliud significat illud: Propter sacri sacrorum, nisi civilem modum supellectilium, ad quem cives uniformiter more civitatis cogebantur, ultra quem nemo egredi poterat, Cujac. lib. 7. respons. Papian. in l. legata 9. ff. de supellect. legat. Tale aliquid etiam vult Imperator Justinianus, cum in princip. in j. de obligat. haec verba adhibuit: Secundum nostrae civitatis iura: Quod etiam spectant quae in §. 1. instit. de patr. potest. adhibentur: Jus autem patris potestatis, quod in liberos habemus: primum est civitatis Romanorum: nulli enim atque sunt homines, qui talia in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. Apud Romanos infirmi homines panes ad victum accipiebant Praedius adversus Symmachum: Et quem panis alit gradibus dispensat ab aliis, & hos panes vocat civiles, Justinian. in l. cum quidam 31. §. praeerea C. de jure delib. anonas civiles nov. 7. cap. 3. Leo in l. hac 6. §. 1. C. de secur. nupt. Citonius ad tit. extra de traven. & dignit.

Modus vero civilis, de quo agimus, accipi debet in Imperatore, seu Principe; neque Imperatorium, seu principalem, sed civibus parem, & convenientem accipere debemus, ut eo demonstratur modestia Principis de suo jure, seu principali fatigio detrahentis, & se in civem summittentis, nec suis opibus pro suo jure atentis, & similis Principis, cui merito adaptari possit illa digna vox, majestate regnantis legibus alligatum se Principem profiteri, l. digna vox 4. C. de legib. quia ipsi Principi inverecundum fore videretur eundem in rebus non servare modum, quod cives servant: de quo vide plura apud D. Franc. de Amaya lib. 1. observat. cap. 1. Caeterum illud verbum civilis modi, frequentissimum fuit aetate Cornelij Taciti, & Plinij secundi, apud quos passim reperitur, Livius lib. 33. de iudicibus Carthagini, & Hannibale: Horum in tam impotenti regno (neque enim civiliter nimis opibus utebantur) prator fraetius Hannibal vocare ad se questorem, & lib. 38. de Publio Scipione Africano, hac vel in laudatione posita, ingentem magnitudinem animi, ac civilem habitum, quam ex probando inimicus facitur: idem lib. 45. Macedoniae, (inquit,) quos cum liberis majoribus, quam quindecim annos natus praecedere in Italiam placeret, in prima specie seivum, mox apparuit multitudinis Macedonum pro libertate sua factum, Nominati sunt enim Regis amici, purpuratique duces exercituum, profecti navium, aut praediorum servare Regi humiliter, aliis superbe imperare affectu: praedivites alij, quos fortuna non aquaret his sumptibus pares: regius omnibus victus, vestitusque: nulli civilis animas, neque legum, neque libertatis aequae patientis. Plinius etiam in Paegyrico haec nempè intentio tua, ut libertatem revoces, ac reducas: quem ergo honorem mantis amare, quod nomen usurpare sapius debet, quam quod primum invenit recuperata libertas? Non est minus civile, & Principem esse pariter, & Consulem, quam tantum Consulem, &c. Tertullianus in apologet. capite secundo, civilis, non tyranica dominatio vestra est. Salutij elegans locus

locus extat in bello Lugurth. ubi Marianus sic ad populum fatur: his ego praeceptis milites horor, neque illos arte colam, me opulenter, nec gloriam meam laborem illorum faciam: hoc est velle h. c. civile imperium: nam cum vita per molitiem agas, exercitum supplicio cogere, id est dominum esse, non Imperatorem. Velleius Paternulus lib. 2. de Gracch. fratribus haec scripsit: hunc Tib. Gracchi liberi Pub. Scipionis Africani nepotes viva adhuc matre Cornelia Africana filia viri optimis ingenis male usi, vita, mortisque habere exitum, qui si civilem dignitatis concupissent modum, quidquid tumultuando adipisci gestierunt, quietis obtulisse Respublica: ejusdem Authoris eodem loco extat alter locus de Pompeio tum victor omnium, quas adierat, gentium Pompeius, suorum, & civium voto major, & per omnia fortunam hominum egressus revertit in Italiam, cuius reditum favorabilem opinio fecerat. Quippe plerique non sine exercitu venturum in urbem affirmabant, & libertati publice statuum arbitrio suo modum. Quod magis hoc homines timuerant, eo gratior civibus tantum Imperatoris reditus fuit. Omni quippe Brundisij dimisso exercitu nihil prater nomen Imperatoris retinens cum privato comitatu, quem semper illi vacare moris fuit, in urbem rediit. Laetant Firmian. divin. inst. l. 3. c. 14. At quam confessus fueris (inquit) Philosophia veritatem, docent ad filium composita praecepta, quibus movet, Philosophia quidem praecepta noscenda, vivendum autem esse civiliter. Quid tam repugnans dici potuit? Si noscenda sunt praecepta Philosophiae, idem utique noscenda sunt, ut rectè sapienterque vivamus. Vel si civiliter vivendum est, non est igitur Philosophia sapientia: siquidem melius est civiliter quam Philosophicè vivere. Nam si sapientia est, quae dicitur Philosophia, stultè profecto vivit, qui non secundum philosophiam vivit. Si autem non stultè vivit, qui civiliter vivit, sequitur ut stultè vivat, qui philosophicè vivit. Idem l. 6. c. 7. namque ad veram virtutem accommodatur illa omnis oratio, sed ad hanc vitam moremque civilem, quem non esse justitiam & res indicat, & ipse Cicero testatur est. Inde verba civilia in l. verbis 7. ff. de vulg. id est virtutis apud Romanos vide supra l. 2. c. 2. n. 5. Sic (ut ad monumenti constructionem, unde sumptuosus superiora, redeamus) modica illa species monumenti permilla tantum fuit, ne nimia aedificandi ostentatio civilem monumentorum modum excederet: quibus egregie confirmatur nostra circa dict. l. non amplius 2. ff. ad leg. Falcid. interpretatio, & conjectura, quam contra mentem Cujacii in superioribus adduximus: caeterum de monumentorum constructione quomodo illa antiquitus struerentur, vide D. Franciscum de Amaya lib. 1. observ. c. 6. nam. 5. & seqq. Brisson. lib. 7. de formul. Juan. Kirchnerus de funerib. Roman. & praecipue lib. 3. c. 12. per totum.

CAPUT XII.

Explicantur Pauli verba in l. filiusfamilias 18. in princ. fieri hereditatem aditione ejus, & in §. fin. fiatque hereditas post restitutionem ff. ad leg. Falcid.

SUMMARIUM.

- 1. Filiusfamilias in peculio castrensi habetur pro patre familias, & de eo testari potest. Quando filiusfamilias intestatus decedit, peculium castrense jure peculij remanet apud patrem. Hier. Oroz, de Apic. Jur. Civ.

Quare in l. 2. de pec. Castr. peculium castr. se non dicatur hereditatem esse, sed pro hereditate haberi, quando pater instituitur. Quare in l. 20 §. 10. de hered. petit. peculium castrense separatur ab hereditate? Interpretatio ad omnem l. 18. ad leg. Falcid. remissive traditur.

- 2. Ad verb. dict. l. 18. fieri hereditatem aditione ejus adducitur ratio dubitandi. Traditur ratio inducenda fictionis hereditatis, ejusque necessitas demonstratur. Cuiuscumque dispositio ultima conferretur in tempus post ejus mortem. Nihil remanebat ejus, qui decessit, eorumque bona vacantia, & primo occupantis fiebant. Plures congruentie ad inducendam fictionem hereditatis referuntur. Hereditas persona ficticia est, habet esse ab intellectu, & representat personam defuncti. In hereditate jacente bonorum omnium testatoris dominia continentur.
- 3. Additione hereditatis ad heredem transeunt omnia, quae fuerunt hereditatis. Per aditionem hereditatis cessat persona ejus fictionis, & omnia sunt patrimonium heredis. Post aditionem non potest nisi improprie hereditas appellari. Post aditionem necessario surgit alia fictio, quae instans aditionis injungat instanti mortis testatoris. In l. 2. de usufrucapion. traditur sensus verborum: anius personae vice fungitur. Eiusdem rei duo insolidum domini esse non possunt.
- 4. Ex superioribus valde dubia redduntur dict. l. 18. verba, quamvis placeret mihi extraneo herede instituto fieri hereditatem aditione ejus. Eadem ratione dubitandi difficilis redditur l. 18. de stipulat. servor. In dict. l. 18. ad leg. Falcid. hereditatem esse non potuisse casu, quo pater institutus fuerit, duplici ratione docetur. In dict. l. 18. in princ. proponitur etiam casus, quo extraneus heres instituitur. Ex dict. l. §. 1. eo casu, quo pater institutus non est, difficultas superiorum augetur. In dict. §. verba postrema: fiatque hereditas post restitutionem singularitatem suam continent. Aditionum translatio virtute Senatusconsulti. Trebelliani non fit nisi per hereditatis restitutionem. Hereditas, quae nulla unquam fuit, regulariter restitui non potest. Sensus dictorum verborum, quae ex Paulo retulimus, nova interpretatione rectius apparet. Quare in l. 18. ad S. C. Trebell. ponantur illa verba, id videtur rogatus redire quod hereditatis fuit. Omnibus legibus, quibus de restituenda hereditate agitur, nomine hereditatis ea quae fuit, non quae est, ostenduntur.
- 5. Antonij Fabri iudicium de verbis Pauli in princ. dict. l. 18. ad leg. Falcid. refertur. In princ. l. Consultam aditione pro agnitione posuisse dicens reprehenditur. L. 1. Antonij

Antonij Fabri explicatio verborum postremo-
rum dicti §. 1. ejusdem legis laudat.
De extraneis, qui filium non habuit in potestate,
nullum jus peculij castrensis esse potest.
In omni hereditate, in testamento Falcidia, & Se-
natuconsulto, si Trebelliani haberi debet.
6 Adhuc ratione Antonij Fabri non esse firmas
demonstratur.
Ex necessitate juris inducendi ad ius ipsum in-
ductam rationem adequatam reddi non posse
ostenditur.
Ex eo, quod fuerit summa necessitas usus testa-
mentorum, non probatur datam fuisse civibus
testamenti facultatem.
Hereditas, qua nascuntur ex peculio castren-
sibus, non sunt per legem 12. tabul. sicut
alia hereditates.
Hae hereditates creati per constitutiones Prin-
cipum ex l. 2. §. 2. ff. famil. ercisc. aperte de-
monstratur.
Per constitutiones Principum variari posse cir-
ca hereditates, & alia, quod per legem 12.
tabul. antea statutum erat, ostenditur.
In dict. l. 2. §. 2. verbum fortius notatur, & ex
l. 3. de offic. praetor. explicatur.
In dict. l. 18. ad leg. Falcid. omnia verba concin-
ne posita sine emendatione subsistentur.

1 Quamvis filiofamilias permittum sit testari de
castrensi peculio ex eo, quod quantum ad illud
autinet, pro patre familias habeatur l. filiusfamilias
2. l. proponere 9. l. pater qui castrense 17. ff. de pec-
ulio castren. l. usque 2. ff. ad S. C. Macedon. l. ex nota
10. cod. tit. de castren. pecul. l. 1. §. nec castrense 15. §. 6.
si is qui bonis 22. ff. de collat. bonor. l. qui res 98. §. rem
autem 3. ff. de iolur. l. servus filij 44. ff. de leg. 1. l. cum
filiofamilias 28. l. si filiusfamilias 36. ff. de test. mil.
Ant. Fab. in jurispr. Pap. tit. 1. princ. 6. in pr. & illar. 1.
cum segg. & tit. 6. pr. §. illar. 1. vers. tra. h. h. tamen te-
stamentum: alium fecerit filiofamilias peculium cas-
trense remanet apud patrem, non jure hereditatis,
quae nulla esse potest: eos, qui filiofamilias decessit
sine testamento; sed jure peculij, ut ex supradictis
legibus apparet, precipue ex dict. l. 2. de pecul. castren.
ubi quod magis mirandum est, factio etiam testa-
mento peculium castrense pro hereditate haberi
Ulpianus ait, sic innuens, minus proprie dici eam
hereditatem tunc quoque cum factum est testamen-
tum, in quo instituitur sic pater. Institutio namque
extraneo fieri nequit, ut non sit propria hereditas,
cum neque improprie peculium dici possit respectu
extraneorum: at instituto patre facilius fieri potest,
ut peculium sit, quale ante fuit, nec fiat proprie her-
editas, quamvis pro hereditate habeatur: & eo forte,
ut ab hereditate feceratur, licet tanquam eod-
em jure censendum sit, separatur peculium castren-
se ab hereditate in l. item veniunt 20. §. non solum
10. ff. de hered. petir. Ratio est, quia nihil novi pater
ex testamento acquirit, cum aequè ab intestato pec-
ulium filij castrensis fuerit habiturus, circa quae vi-
denda sunt quae scripsimus supra lib. 1. c. 10. n. 42. &
Anton. Fab. in jurispr. Papin. di. l. tit. 11. princ. 9. ubi
elegantè interpretatur textum in l. filiusfamilias ff.
ad leg. Falcid. aded, ut ibi nihil non mirabile, & opti-
mo juri non conveniens dicat, si removeris ea, quae
scribit ad interpretationem verborum supradictor-
um, nempe fieri hereditatem additione ejus, & alio-
rum sit: quae hereditas post restitutionem, quae à nobis
aliter postea quam ibi ab Anton. Fabro explicabuntur.

2 Prius tamen afferemus rationem dubitandi ad il-

la verba, quae in princ. ponuntur, puta fieri heredi-
tatem additione ejus. Hereditatis fictionis inducenda
ratio, ea sola fuit, ut post mortem defuncti bona
ejus vacantia fierent; & sic primò occupantii conce-
derentur: nam cum dispositio ultima cujuscumque
hominis morientis conferatur in tempus post mor-
tem, l. 1. ff. qui testam. facer. poss. necesse facendum erat
inutilem, & invalidamque futuram ejusmodi disposi-
tionem, l. si ego 9. §. 1. ff. de jur. dot. l. Stichus 39. ff. de
manum. testam. l. quod sponsi. 2. C. de donat. ante nups.
l. denique 3. §. 1. ff. de minorib. Anton. Fab. in jurispr.
Papin. tit. 2. princ. 2. in fin. princ. praecise mortuo quo-
cumque qui bona relinquebat, illa vacantia fiebant,
& primò occupanti concedenda; cum nihil esse
posset ejus, qui decessit, neque ejus dominio aliquid
ultra mortem poterat extendi. Seneca epist. 103. l. 1.
§. 1. ff. de rer. divi. l. si coet. 3. ff. de pecul. l. Seneca 13. §.
quoniam 5. ff. quod vi aut clam. Unde contingebat
pernitiosum humanae hominum societati, & com-
mune damnum, nam nemo sollicitus acquirere vel-
let, neque post acquisitionem conservare, si bona
acquirentis cum acquirente ipso caderent. Huic
tralo, & aliis, quae eleganter congerit, & docet D.
D. Melchior de Valentia illustr. tra. 3. c. 1. n. 5. ut
obviari posset, civilis legislator hereditatis fi-
ctionem introduxit, quae per personam fictitè intro-
ducta per intellectum haberetur, defunctum repre-
sentaret, ejusque locum obtineret, cui tantum tri-
buit, ut rerum omnium, quae defuncti fuerunt, do-
minia ex mortis instanti nunquam interrupta peri-
inde in ea continuarentur, ac si per ipsius heredita-
tis personam defunctus adhuc vivus censeretur, &
res in dominio proprio verè retineret, l. liber homo
13. §. si servus hereditarius 2. ff. ad leg. Aquil. l. si ante
aditam 15. ff. de interrog. in jur. faciend. l. non minus
13. §. 1. ff. de hered. instit. legatum 116. §. servo 3. ff. de
leg. 1. & alia plures, quas longè congerit speciosissi-
mos jurisprudentiae Praeceptor D. D. Melchior de
Valentia dist. c. 1. n. 6. & segg.

Ex hereditatis inducenda ratione, & necessitate
provenit, ut cum herede potest advenire in eum
hereditas transferat omne id, quod fuit hereditatis
(excipio ea, quae facti sunt, Valentia dist. tr. c. 2. per
totum) l. legatum 80. ff. de leg. 2. l. cum heredes 23. ff.
de acquir. poss. ff. dist. l. 1. §. Scavoia 15. ff. si is, qui test.
liber esse iuss. sit; per ipsam additionem cesset illa ficti-
tia persona hereditatis, & omnia, quae in hereditate
ut propria defuncti conservabantur, patrimonium
heredis efficiantur l. 1. ff. de separ. l. sed si plures 10.
§. filio 2. ff. de vulg. & pupill. subst. l. per procuratorem
90. §. 1. ff. de acquir. her. Ant. Fab. in jurispr. Pap. tit. 6.
pr. §. illar. 2. 3. & segg. Rolandus conf. 43. n. 40. vol. 4.
Cephalus conf. 45. n. 18. neque appellatur hereditas
post additionem nisi improprie respectu ejus, quae
antea fuerat, idem Ant. Fab. dist. pr. illar. 5. Bald. conf.
314. num. 1. vol. 3. Unde nè hereditatis fictione per
ejus additionem extinguitur, retroque sublatà, nullius
fuisse res apparent, alia juris fictione opus fuit,
quae tempus additionis hereditatis instanti mortis
testatoris in jungeret, & dominia rerum in heredem
ab ipso testatore translata continuaret, ita ut eo
quandocumque advenire jam tunc ab ipso instanti
mortis testatoris successisset, & perionam defuncti
representasse videatur, l. heres 54. ff. de acquir. her. l.
omnis 138. l. omnia fieri ff. de reg. jur. idque est quod
Jurisconsultus Javolenus scripsit in l. heres 22. ff. de
usufructu. heredem scilicet & hereditatem unius
personae vice fungi, quamvis duas diversas appella-
tiones recipiant, non quia heres, & hereditas simul
personam defuncti representent, ejusque vice fun-
gantur:

gantur: nam dum hereditas ejus, qui decessit, per-
sonam sublinet, nullus est heres, qui eam repre-
sentet: ubi autem primum per additionem heredi-
tatis heres coepit vicem defuncti gerere, jam am-
plius hereditas non est, quae defunctum repraesentet,
dist. l. 1. ff. de separ. cum supra citatis: ergo vice
ejus unius funguntur, licet eodem tempore, non ta-
men conjunctim, aut simul: neque enim ejusdem rei
duo insoludum domini esse poterant, l. si ut certo
5. §. ut. commod. §. Anton. Fab. in supra dit. princ. in
princ. sed ita ut altera fictione retrò sublata in ejus
locum altera subintret, & succedat, retròque con-
stituisse credatur, nullo instanti concessò, in quo do-
minia rerum defuncti vel in hereditatem, vel in
heredem non continuentur, dist. l. heres 54. ff. de ac-
quir. her. l. si ex re 28. §. 1. ff. de stipulat. servor. dist.
l. omnis & l. omnia ff. de reg. jur. quae omnia elegantissi-
mè docet D. D. Melchior de Valentia dist. c. 1. n. 16.

4 Hæc cum apud omnes juris veteris Auctores vz-
rissima sint, dubitari valde potest, quare Jurisconsul-
tus Paulus in dist. l. filiusfamilias 18. ad leg. Falcid.
loquens de testamento filij familias militis posue-
rit illa verba: quamvis placeret mihi extraneo herede
instituto fieri hereditatem additione ejus: quod perti-
net etiam quod Papinianus respondit in l. si servus
communis 18. ff. de stipulat. servor. nam cum additione
omnes hereditates evacuentur, quia ubi heres est,
vltia hereditatis fictio esse potest, ut diximus n. pra-
ced. quomodo potest fieri, ut hereditas fiat per adi-
tionem ipsam, quae ante additionem hereditatis du-
plici ex causa esse non posse videbatur prima, quia
pater non fuit heres institutus, sed jure peculij bo-
na filij occupit; & non possunt jure hereditatis
provenire bona, quae ut peculium ad patrem per-
venierunt: secunda, quia et si pater heres scripus
inveniretur, adhuc hereditas esse non videbatur
secundum ea, quae supra dist. lib. 1. cap. 1. om. 42. do-
cuimus. Uterius in §. 1. dist. l. filiusfamilias sua re-
sponse Consulus difficultates superiores auget:
nam ibi prosequendo casum illum, in quo pater à
filio milite heres institutus non est in peculio cas-
trensi, sed ab intestato rogatus fuit, ut peculium
suum castrense Titio post mortem suam restitueret,
in verbis §. ultimis sic respondit: his consequens est
ut si ex fructibus medio tempore quartam, & quartam
fructus habuerit pater, etiam Trebellianum Senatus
consultum inducimus, & utiles actiones exerceri pos-
sunt, sicutque hereditas post restitutionem: quo in ver-
iculo verba illa postrema: sicutque hereditas post re-
stitutionem, novitatem saniam decernunt: nam
cum actionum translatio, quae per senatusconsul-
tum contingit, non fiat nisi per hereditatis restituo-
tionem, l. 1. l. ita tamen §. qui ex Trebelliano 7. &
passim ff. ad S. C. Trebell. quomodo fieri potest, ut hæ-
reditas, quae non sit hereditas ante restitutionem,
imò quae nunquam fuit hereditas, restitui possit.
Hic enim procul dubio Pauli sensus est, hereditatem
hanc, quae ante restitutionem hereditas nun-
quam fuit, incipere hereditatem esse ab eo die, quo
restituta fuit, cum tamen in cæteris fideicommissa-
riis hereditatibus ex diverso veniat, ut hereditas
ab initio sit ex instanti mortis testatoris, & per
consequens desinit esse hereditas, non per restituo-
tionem, sed per ipsam additionem, quae ut restituo-
tionem præcedat, necesse est cujus additionis ea est vis,
ut defuncti hereditatem in heredem patrimonium
convertat, uti nuper docuimus ex l. 1. ff. de separ. &
ob hanc causam Ulpianus in l. in fideicommissaria
18. ff. ad S. C. Trebell. sic loquitur, ut dicat eum,
qui hereditatem restitueret rogatus est, id videri ro-
gatum reddere, non quod sit hereditatis, quemad-
modum loqui debet, si restitutionis tempore alia
qua hereditas adhuc esset, sed quod fuit hereditatis,
ut intelligamus non esse amplius hereditatem post
aditionem, quae ante eam aliquando fuerat: & eo
casu intelligenti sunt omnes loci, qui de fideicom-
missaria hereditate tractant, quae jam adira sit se-
mel, sive restituta jam fuerit, sive non, ut eo heredi-
tatis nomine non rem ipsam, quae nunc est, signifi-
ficent, sed eam, quae antea fuit; id est idem quidem
patrimonium quod fuit defuncti, & quod eo mor-
tuo hereditatis nomen habuit ante aditionem, sed
tanquam patrimonium, non tanquam hereditatem.
His rationibus motus Anton. Fab. in jurispr. P. prin. §.
tit. 11. princ. 9. illar. §. in dist. l. filiusfamilias ff. ad leg.
Falcid. in illis verbis fieri hereditatem additione ejus,
Paulum ait minus proprie usum fuisse nomine ad-
ditionis, & illud pro agnitione hereditatis scripsisse: &
ita idem ibi significare aditio, ac significat agnitione.
Quod substinere non possam, non enim Consul-
torum elegantiae tanta rectè loquenti incuria tribuen-
da est, ut vocis improprietas eis verborum reli-
giosissimis imputemus, qui curantes proprietatem
vocum in locum definitionum fere semper adapta-
runt verba, quorum rectè significatione naturam
rei, de qua agunt, perfectè explicarent. Melius, &
elegantius ipse Faber extitit in explicandis aliis
verbis illius legis in §. 1. in fin. nempe sicutque here-
ditas post restitutionem adhibendo eis condignam
sui acutissimi ingenij interpretationem in hunc
modum: in eo casu, quem Paulus tractat, scilicet de
successione filij familias intestati, qui castrensis pe-
culij fideicommissum à patre suo reliquerit, singula-
ri jure accidit, ut quemadmodum si extraneus quilibet
heres à filiofamilias institutus esset, inciperet
ejus esse hereditas per additionem, quamvis omni or-
dine, & naturae, & juris, & intellectus prius esse so-
leat, ut hereditas aliqua sit, quae adiri possit. quàm
ut adeatus, quae non dum sit ita & intestato filio de-
functo hereditas, quae neque adiri, neque per adi-
tionem induci potuit, quamdiu peculium castrense
recedit apud patrem, incipiat fieri hereditas post
restitutionem, quasi tunc primum cessante ratione
illa, quae ante restitutionem faciebat, nè hereditas
videri posset, nempe quod patrie potestatis iure non
ex aliqua alia causa extranea, & accidentali pecu-
lium filiofamilias defuncti ad patrem pertineret:
desinit enim pertinere, mutaturque causa bonorum
per restitutionem eam, quae facit, ut ea bona, quae
primum filij fuerunt, deinde patris, incipiant perti-
nere ad fideicommissarium: itaque cum ad eum ju-
re peculij pertinere non possent, quia in extraneo,
qui filium non habuit in sua potestate, nullum jus
peculij consistere valet; necesse fuit, ut hereditatis
jure pervenirent, & hereditas fiat, tunc, cum primum
possit, id est cum bona castrensia à patre abdicata
fuerint, & in fideicommissarium per illam restituo-
tionem translata: & ideo tunc necessitate urgente fin-
gitur hereditas, ubi aliis in fideicommissariis heredi-
tatis extinguitur, quae antea fingebatur: & ead-
ratione legis Falcidia, & Senatusconsulti Trebelliani
in ea hereditate potestas exercetur, quia in omni
hereditate locum habet. Hæc Faber, quem laudo.

gatam reddere, non quod sit hereditatis, quemad-
modum loqui debet, si restitutionis tempore alia
qua hereditas adhuc esset, sed quod fuit hereditatis,
ut intelligamus non esse amplius hereditatem post
aditionem, quae ante eam aliquando fuerat: & eo
casu intelligenti sunt omnes loci, qui de fideicom-
missaria hereditate tractant, quae jam adira sit se-
mel, sive restituta jam fuerit, sive non, ut eo heredi-
tatis nomine non rem ipsam, quae nunc est, signifi-
ficent, sed eam, quae antea fuit; id est idem quidem
patrimonium quod fuit defuncti, & quod eo mor-
tuo hereditatis nomen habuit ante aditionem, sed
tanquam patrimonium, non tanquam hereditatem.

His rationibus motus Anton. Fab. in jurispr. P. prin. §.
tit. 11. princ. 9. illar. §. in dist. l. filiusfamilias ff. ad leg.
Falcid. in illis verbis fieri hereditatem additione ejus,
Paulum ait minus proprie usum fuisse nomine ad-
ditionis, & illud pro agnitione hereditatis scripsisse: &
ita idem ibi significare aditio, ac significat agnitione.
Quod substinere non possam, non enim Consul-
torum elegantiae tanta rectè loquenti incuria tribuen-
da est, ut vocis improprietas eis verborum reli-
giosissimis imputemus, qui curantes proprietatem
vocum in locum definitionum fere semper adapta-
runt verba, quorum rectè significatione naturam
rei, de qua agunt, perfectè explicarent. Melius, &
elegantius ipse Faber extitit in explicandis aliis
verbis illius legis in §. 1. in fin. nempe sicutque here-
ditas post restitutionem adhibendo eis condignam
sui acutissimi ingenij interpretationem in hunc
modum: in eo casu, quem Paulus tractat, scilicet de
successione filij familias intestati, qui castrensis pe-
culij fideicommissum à patre suo reliquerit, singula-
ri jure accidit, ut quemadmodum si extraneus quilibet
heres à filiofamilias institutus esset, inciperet
ejus esse hereditas per additionem, quamvis omni or-
dine, & naturae, & juris, & intellectus prius esse so-
leat, ut hereditas aliqua sit, quae adiri possit. quàm
ut adeatus, quae non dum sit ita & intestato filio de-
functo hereditas, quae neque adiri, neque per adi-
tionem induci potuit, quamdiu peculium castrense
recedit apud patrem, incipiat fieri hereditas post
restitutionem, quasi tunc primum cessante ratione
illa, quae ante restitutionem faciebat, nè hereditas
videri posset, nempe quod patrie potestatis iure non
ex aliqua alia causa extranea, & accidentali pecu-
lium filiofamilias defuncti ad patrem pertineret:
desinit enim pertinere, mutaturque causa bonorum
per restitutionem eam, quae facit, ut ea bona, quae
primum filij fuerunt, deinde patris, incipiant perti-
nere ad fideicommissarium: itaque cum ad eum ju-
re peculij pertinere non possent, quia in extraneo,
qui filium non habuit in sua potestate, nullum jus
peculij consistere valet; necesse fuit, ut hereditatis
jure pervenirent, & hereditas fiat, tunc, cum primum
possit, id est cum bona castrensia à patre abdicata
fuerint, & in fideicommissarium per illam restituo-
tionem translata: & ideo tunc necessitate urgente fin-
gitur hereditas, ubi aliis in fideicommissariis heredi-
tatis extinguitur, quae antea fingebatur: & ead-
ratione legis Falcidia, & Senatusconsulti Trebelliani
in ea hereditate potestas exercetur, quia in omni
hereditate locum habet. Hæc Faber, quem laudo.

Sed licet hæc, quae ab Antonio Fabro subtiliter
scripta sunt, vera etiam esse videantur, adhuc non
reddid nobis rectam rationem ad ea, quae superius
scripsimus: necessitatem, qua inducta fuit intro-
ductio hereditatis post restitutionem, optimè ostendit;
non verò docet, unde introductio ipsa pro-
venerit. Sic non esset adæquata ratio respondendi:
L. 1 §. si quis

Heronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

si quis interrogatus, unde proveniret in patris
 jure, & per nos respondit; responderet, quia neces-
 sitas naturae in communione omnium hominum
 expul-
 crunt, l. 1. de s. sep. hodie, ne scilicet bona, quae
 ad finitiam diligenter curaverat, inhiens ejus
 fundi accideret, & ut res industria sua partas he-
 re de se merito obloqueret, licet verum s. ff. quom-
 modum testam. apertum, D. D. Meichior de
 Valente hodie, lib. 1. tit. 3. cap. 1. num. 3. q. 5.
 Certe necessitas natura idem communi societati uti-
 le, & valde necessarium suadebat, non verò facul-
 tatem testandi constituebat; ergo mea quaestione
 recta ratio sola illa est, non quia necessitas ob com-
 mune omnium verum id sic fieri desiderabat, sed
 quia illis rationibus mora lex potestatem testandi
 constituentibus dederat, ut abundè diximus supra hoc
 lib. cap. 6. eodem modo in quaestione superiori dicitur
 quod aritur à quo jure proveniret, ut filijfamilias ni-
 liliis Castrensis peculium fiat hereditas post factam
 à patre restitutionem in fideicommissario; non est
 recta responsio dicere, quia ante fieri non potuit,
 cum jus peculij, quod in patre residebat, & ad extra-
 neam pervenire non poterat, obster nē ante restitui-
 tionem hereditas fieri possit: quae quidem ratio, li-
 cēt vera sit & civilem legislatorem efficaciter per-
 suadebat utile fore simile quid constitui non jamen
 ex eo, quod illa ratio efficax sit ad persuadendum,
 est etiam sufficiens per se ad jus constituendum, ul-
 quedam per eam, qui legis condendae potestatem
 habet seu scripto, seu moribus constituatur. Itaque
 cum ex ratione constituitur, & non ex ratione sua-
 dente omne jus sumatur, ut videre est in definitio-
 ne patrisfamilias, quam Justinianus tradit in prin. in-
 stit. de jur. natur. gent. & civil. libi: Quod verò naturalis
 ratio inter omnes homines constituit, &c. Ant. Fab. in
 jurispr. Papin. tit. 2. princ. 2. in princ. alia ratio respon-
 dendi ad superiorem quaestionem quaerenda est, quae
 nulla alia esse potest, quam quod haec hereditas, quae
 ex peculio Castrensi nascitur, non proveniat à lege
 22. tab. sicut proveniunt aliae hereditates, sed effe-
 cta sit, & formata per constitutiones Principum, quibus
 variari potest quod per legem 22. tab. antea consti-
 tutum erat, l. per familie 2. §. item si filijfamilias ff.
 famil. eraso. ibi: Item si filijfamilias militis peculium
 sit, fortius defensi potest hereditatem effe-
 ctam per constitutiones: idē hoc iudicio locus erit, ubi maxi-
 mē notandum est verbum fortius, quo utitur Ulpia-
 nus: illud enim adhibuit, ut nos doceret in heredi-
 tatibus inductis per constitutiones Principum, va-
 riari posse modos constituendae hereditatis indu-
 ctos per alias leges. Cui simile est, quod idem Ulpia-
 nus in l. Barbarius 3. ff. de offic. prator. in fin. scripsit his
 verbis: Quamvis multo magis in Imperatore observan-
 dum est, quae denotent ita summam in Principe esse
 potestatem, ut omne jus ab eo statum, licet oppo-
 natur cuiuscumque juri, & obstat observatis hucus-
 que legibus, debeat observari. Et idē cum supra-
 dicta hereditas per constitutiones Principum effi-
 ciatur hereditas; nihil mirum, ut in ea neque na-
 turalis, neque jus ordo ullus servetur, & fiat heredi-
 tas tota, quam in aliis hereditates paganorum, quae
 à lege 12. tabul. descendunt, extinguantur; hoc est
 post additionem, & restitutionem hereditatis. Et haec
 fuit meo videti elegans mens Pauli in l. filijfamili-
 ar 8. in princ. & §. fin. in fin. ff. de leg. Falsid. in illis
 verbis: Quamvis placere mihi extranea herede insti-
 tuto fieri hereditatem additione ejus, & in aliis illis; su-
 que hereditas post restitutionem. Quod, circa d. l. 3. de
 offi. prator. amoneo lectorem, quod si velit scire: an
 tuac principis potestas sit major illa, quam populus

habebat olim anteq. am in principem eam tran-
 siller, videat Marcum Lyclam in l. b. 1. in verb. gloza
 6. in fress. l. totū in eo pass. & quos infre refert, & Be-
 toldum lib. 1. pondel. in delibuit juris quest. 46. cum
 aliis quos ibi adducit, & quest. 47. explicat alteram
 illam quaestionem an error communis jus faciat cir-
 ca quam videndi sunt etiam Anton. Fab. jurisprind.
 Papin. tit. 1. princ. 1. illat. 3. confutat. 1. Anton. Guiber-
 tus quaest. juris 20. num. 8. & 9. Govean. lib. 1. lect.
 cap. 6. num. 7. & 8. Bronch. 1. Enant. 12. Arum. disp.
 pon. 1. 7. 2. 1. Osvald. lib. 1. ad Donell. cap. 1. lit. A.
 Chjac. lib. 9. resp. Pap. in l. fideicommissaria 2. 3. §. ser-
 vum 2. ff. de fidei. ommissar. libertat. Lyclam. dist. lib. 1.
 eglora 7. melius quam ceteri explicat, l. 3. ff. de supel-
 lect. legat. ubi errorem jus facere Paulus constituit.

CAPUT XIII.

Corrigitur error cujusdam Re-
centioris circa originem
patriae potestatis.

S U M M A R I U M.

- 1 *Authoris, cujus reprehenditur error, verba fideliter referuntur.*
- 2 *Ejus sententia est patriam potestatem non solum à jure naturali, sed etiam à jure divino provenire. Ejus fundamentum totum nititur in obedientia, quam parentibus filij jure nature debent. Ex eo fundamentum sequi matresfamilias habere patriam potestatem, ex l. 4. de curat. furios. docetur, & n. 11. Adducitur Quintilianus locus ad probationem superiorum. In l. ult. si à paren, quis manum est: patria potestas vinculum pietatis appellatur: & quomodo id intelligi debeat, docetur. Quare in l. 5. ad leg. Pompei. de patricid. dicitur patriam potestatem in pietate consistere, non in atrocitate? Adducuntur l. 22. §. fin. ad leg. Jul. de adult. l. 1. §. fin. de lib. exhib. Patriam potestatem non consistere in reverentia filiorum erga patres, sed in potestate parentum erga filios ostenditur, & n. 5. Adducuntur l. 1. 1. de lib. & posthum. l. ult. C. de patr. potest. Ex dictis deducitur patriam potestatem neque à jure naturali, neque à divino provenire.*
- 3 *Patriam potestatem moribus populi introductam fuisse docetur, & n. 12. Ratio moribus introducenda patria potestatis germana traditur. Quare in l. 2. de jur. dot. dicitur Republica interesse mulieres salvas habere dotes? Amplius, & dignitas familiarum naturalibus conjunctionibus non potius sequi. Pater nisi per justas nuptias probari non potest. Quare olim masculi feminis preferrentur in successione ab intestato, & difficultas exhiberi dari patris? Omnis femina est caput, & finis sua familiae.*

millia l. 19. §. ult. cum l. seq. de V.S.
 Totam rationem inducenda patria potestatis
 civilium esse docetur, & num. seq.
 4 *Ubi Author opponitur text. in §. 1. instit. de patr. potest. & l. 3. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. Perverja est argumentatio haec: quod omnes quid receptum est: ergo est juris gentium. Omne jus ex ratione, qua inducitur fuit, à patriamari debere docetur. Patriam potestatem non inobedientia filij, sed in imperio patris consistere demonstratur. Patriam potestatem tacto consensu, & frequenti usu à populo receptam fuisse ostenditur, & num. 12. & seqq. Jus Republica in filios potentius esse patriam potestate traditur. Ubi patribus olim obvenerat in filios vita, necisque potestas, demonstratur. Jure divisioneque naturali hanc vitam, necisque potestatem in filios patres non habuere. Patres enim poterunt filios vincere, verberare, simulque vendere. In dominis hanc vitam, necisque potestas in servos merentes, diutius duravit. Adducuntur l. 6. §. fin. ad S. C. Syllan. l. 17. de furt. Excusatur hanc causa heres adversus legatarium l. 33. §. 3. de legat. 1. debitorque adversus creditorem l. 96. de verb. oblig. Idem contingit proprietario adversus usufructuarium l. 17. §. 1. de usufr. Quid in §. 2. instit. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. & l. 1. §. 2. ff. eod. significent verba: sine causa legibus cognita, docetur. Filijfamilias ob facinus puniri nisi à iudice non potest l. 2. ad leg. Cornel. de sicar. l. 3. C. de patr. potest. l. unic. C. de emend. propinquo. A quo iuregentium proveniret potestas in servos dominis data, ostenditur. Quare iure gentium antiquius jus non sit l. 1. de acquir. rer. domia. & illud passim appellatur jus naturale? Jure naturali omnes homines aequales fuisse, nec unumquemque in alium jus vita habuisse ostenditur.*

7 *Fundamentum patriae potestatis non sunt simpliciter nuptiae, sed iusta nuptiae §. 12. instit. de nupt. Ejus §. verba referuntur, & ex his illa: quantum ad patriam potestatem pertinet, ponderantur. Nuptias simpliciter contractas jure gentium nuptias esse ex variis legibus probatur. Illas quoad cognationes sufficiens esse, non verò quoad agnationes, & patriam potestatem docetur. Qua dicantur iusta nuptiae, & à quo jure ita appellentur, ostenditur.*

8 *Etsi patria potestas consisteret in ratione naturali non bene deduceretur eam esse juris naturalis. Nullam posse esse rectam legem, qua non consistat in ratione naturali ostenditur. Adducitur exemplum ex §. fin. instit. de Attilian. tutor. Tutela definitio traditur, eamque veri juris civilis esse docetur. Quare praeter non possit dare tutorem jure pra-*

torio, sed debeat jure civili, ex Ulpiano tit. 11. §. 24. traditur. Ad confirmanda superiora adducitur definitio juris civilis tradita in l. 6. de just. & jur. Ex sententia, quam impugnamus, necessario sequi in nuptiis filiorum jure naturali consensum parentum requiri demonstratur. Explicatur verba, & sensus eorum aperitur in princ. instit. de nupt. & n. seqq. Conjectio, qui in his nuptiis consensum parentum jure naturali exigit, tota sententia jussu Sanctae Inquisitionis dicitur. Sine consensu parentum valere nuptias, & quae ratione consensu desiderantur, traditur. Rationem, quare consensus parentum olim exigerecesserat totam civilem esse docetur. Idem jussu observatum in filiofamilias militem ex l. 35. de rit. nupt. ostenditur. Ratio superiorum adducitur praeter eam, quam assignat Anton. Faber. Superiori rationi obstat l. 11. de stat. homin. l. 17. §. fin. ff. de ritu nuptiar. Quare etiam in filiarum nuptiis exigebatur consensus parentum, ostenditur, & num. seqq. De matrimonio, quod per coemptionem fiebat, & per conventionem in manum, remissive agitur. Eo genere matrimonij interveniente filiofamilias à patria potestate exhibetur. Quare in l. 4. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. dicatur: quaedam sunt matres familias, ad-
 ceatur. Eorum verborum interpretatio ex locis Gellij, Ciceronis, & Socrini comprobatur. Genus hoc matrimonij sine consensu patris non potuisse contrahi, & quare, demonstratur. In nuptiis filiorum, & filiarumfamilias aequè consensus parentum requirebatur, non tamen aequè ratione. Non omnem rationem naturalem jus naturale constituere traditur.

11 *Per emancipationem inspecto jure civili non solum patria potestas, sed etiam pietatis vinculum dissolvitur. Post emancipationem inspecto jure naturali filius permanet, & patri pietas exhibenda est. Matrem non habere filios in potestate ex l. 4. de curat. furios. ostenditur. Hoc sensu nihil commune habere patriam potestatem cum patriis nomine docetur.*

12 *Patria potestas unde originem habuerit, ex Papiniano traditur in fragm. tit. de adult. In l. 8. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. Ulpianus patriae potestatis originem moribus tribuit. Adducitur Alicantassei locus dicentis eam à lege 12. tabul. ortum habuisse. Antiquius parentes, qui filios occidebant, non tenebantur de parricidio, l. 1. ad leg. Pompei. de parricidio. Primam omnium de patria potestate fuisse legem Regiam demonstratur. Quomodo consistere possint haec duo: Patriam potestatem introductam moribus, & lege 12. tabul. docetur ex Paulo lib. 3. tit. 4. sent. moribus. Referuntur effectus quidam patriae potestatis ex interpretationibus prudentum sine scripto provenientes. Origo patriae potestatis, non solum quoad ipsam patriam potestatem, sed etiam quoad rati-*

non est ostendenda juri civilis est.
 23 Pro opinione, quoniam impugnetur contra eam, quam defendimus, adducitur & noviter ponitur l. 1. ff. de contrah. empt.
 Quaedam inter pretatio ad dict. l. 2. proposita impu. nator.
 Superiori difficultati responderetur, & statuitur patrem, & filium, unam eandemque personam esse.
 Supposita patria potestate natura ipsi prohiberi, re inter patrem, & filium possit contrahi obligatio, demonstratur.

Antequam radices agat quidam nuper editus error, eum securi recte jurisprudentie resecabo, Anihorem silentio præmittam, ut modestius ejus honorem integrum servemus; verba tamen illius fideliter referam, ne quisquam admiratione sententiæ credat me illam apud eum scriptam non reperisse, & verali juxta illud Exod. cap. 10. Deuteronomo. cap. 5. sed ei calumniosè imputasse. At ille: Quod ut explere, observo patriam potestatem à jure gentium esse, illo primo scilicet quod cum ipso genere humano rerum natura prædicat, l. 1. ff. de just. & jur. imò à divino, & naturali quod alluisti optimè Tertullianus adversus Marcionem lib. 5. c. 18. obediant, & parentibus filij nam est Natium abspulit, hoc est primum in prævisione præceptam: lex loquitur, honora patrem tuam, & matrem. concinnant elegantia verba nostri Alphonsi in præm. tit. 29. part. 4. e. utrosq. los hijos sen cendos naturalmente de amar a sus padres, è de facer les honora. Cum itaque naturalia jura divina quadam providentia confirmata semper firma, & immutabilia permanere debeant, l. 5. sed naturali insit. de jur. natur. gent. & civil. quod præceptum callaverunt Romani, juris naturalis permissum perviderunt: per consequens patriam potestatem, que in ratione naturali consistit, esse indissolubilem modo aut jure civili, nisi in aliam potestatem transfunderetur, non veritè, que ex natura sua dissolvi possit: & qualis est dominica potestas, que dissolvi ex iure gentium in manuisione, l. 1. manuisiones 4. ff. de just. & jur. princ. insit. de libertin. cum similibus. Quam rationem verè, æquè, ac subtiliter excogitavit Terophilius ad §. præterea insit. quib. mod. jus patr. potest. soluit. his verbis: Filium sui juris efficiunt tres emancipationes, & tres manuisiones; ideo autem venditur filius, ut in servitutem redigi videretur, & ita ei libertas daretur. Aliis sequè aliquantum videtur, Rebarthus lib. singul. ad leg. 1. tabul. cap. 3. Faber in jurif. tit. 10. princ. v. illat. 4.

2. Potenta jurisprudentie sunt hæc, quibus fateri cogat, qui ea dicitur plus me scire, nam tamen meliora: quis enim potest esse aded in juris sapientia impurus, cui amicus non horreat hunc præceptorem summam fiduciam juris affirmantem, patriam potestatem à jure naturali provenire, imò (quod plus est) à jure divino: Examinemus ejus fundamenta: totum fundamentum nititur in reverentia, quam filij jure naturæ parentibus debent exhibere, d. l. 2. ff. de just. & jur. & si hæc est patria potestas, quare mater non habet patriam potestatem, cum æqualis debeatur pietas matri, ac debetur patri, licet utriusque sit inæqualis potestas, ut Ulpianus in l. furiose 4. ff. de cur. furios. ibi: Furiosa maris curatio ad filium pertinet, pietas enim parentibus, est in æqualis est eorum potestas, æqua debetur l. contra 7. C. de test. man. l. §. femina 10. in fine. de adopcion. Quintilianus declamat. 2. in quanto dicitur periculis suis rerum natura pietas? Dom dicit, matremque accionis hæret, dum ad utrumque respicit, ad utrumque medifurrit, pene infelicissimos parvules perdidit;

dit pietatis equalitas. Ut demum misse dicitur tenet dicitur jam propterea ignis (audiat licet injuria pietas) patrem vivens elegit, & pariter a demibus vices disposuit affectus. Et licet non igno em partiam potestatem vinculum pietatis appellari à Papiniano in l. ult. ff. si à parent. quis manumissit; Id tamen de pietate, quam pater habere debet circa usum patriæ potestatis in filios, dicitur; non de pietate, quam filius erga patrem exhibere debet: & hoc ipsum respexit text. in l. Divus Adrianus 4. ff. de leg. Pompel. de par. riciid. dum dicit patriam potestatem in pietate debere, non in atrocitate consistere argum. l. neque in ea 2. §. ff. ad leg. J. l. de adulte. l. 1. §. ff. de liber. exhibend. ut eleganter docet Anton. Faber in jurisp. Papin. tit. 8. princ. 5. illat. 1. & tit. 11. princ. 10. illat. ult. Unde cum patria potestas non consistat in pietate; quam filij parentibus prestare tenentur, sed è contra in potestate, quam patres in filios usque ad necem eorum exerecere poterant, l. in suis 11. ff. de liber. & posthum. l. ult. C. de patr. potest. de quo abundè scriptimus supra lib. 2. cap. 4. inde est, quod non ex eo, quod filij pietatem jure naturali imperante præstant, derivetur jus patriæ potestatis; sed ex eo quod jus civile moribus introducendam parentibus illam diffusam potestatem in filios tribuat: ergo neque à jure gentium, neque à jure divino descendit patria potestas.

Deinde hæc patria potestas in liberos usque ad necem eorum, quæ parentibus data fuit, moribus populi intervenientibus, frequentique usu receptis absque ulla lege scriptâ præcedente introducitur fuit, l. patr. furioso 8. ff. de his, qui juri sui, vel alien. jur. sicut & substitutio pupillaris, l. moribus 2. ff. de vulg. & puillar. subst. Ratio verò, quare moribus populi Romani introducitur fuit patria potestas, sive introducitur illa dicatur, sive recepta, hæc est; quia ejus populi præter, & supra ceteros omnes præcipuum studium illud semper fuit, ut familiarum amplitudini, ac dignitati consuleret, ut pote ex qua totius quoque Reipublicæ amplitudo, & ornatus mentidendus sit, & æstimandus: & ideo fortassis in l. Reipublica 2. ff. de jur. dot. Jurisconsultus, Paulus non dicit juris gentium interesse, sed potius ait Reipublicæ interesse mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint: quasi diceret Consultus, eam Reipublicæ interesse amplitudo, & dignitas familiarum, & hæc non possit naturalibus tantum conjunctionibus consequi, sed solè ex conjunctionibus, quæ honestè fiunt per interventionem nuptiarum, quia hæc solæ patrem demonstrare etiam per rerum naturam possunt, l. quia semper 5. ff. de in jus vocand. alio enim modo, quam per justas nuptias patrem probari prorsus impossibile est, l. Luvius 83. ff. de cond. & demonstr. Anton. Fab. in jurisp. Papin. tit. 9. princ. 2. in princ. & tit. 8. princ. 2. in princ. & illat. 1. A Cujacius lib. 3. quest. Papin. in l. 1. ff. de probacion. idem meritò dicitur Reipublicæ interesse mulieres præcipuas dotes habere, ut nubere possint, quia ex nuptiis solis hæc amplitudo familiarum, & earum, dignitas potest usque in ævum protrahi, & memoria parentum conservari, l. liberorum 220. §. ff. de verb. sign. Id què aperte ostenditur ex eo, quod quamvis lex 12. tabul. à Græcis sumpta nullam inter masculos, & feminas quoque causam successione, sive testamentariæ sive legitimæ differentiam induxisset: mediâ tamen jurisprudentiâ, quæ floruit eo tempore, quo aucta jam Republica, nihil nisi de amplificanda ea cogitandum videbatur, masculos feminis in successione intestati præferri voluit: et si fieret testamentum, diffidilius masculos, quam feminas exheredari concessit;

cessit; non ob aliam rationem, quàm quod per masculos tantum, non etiam per feminas familiam dignitatem conservetur, l. maximum vitium 4. C. de liber. præter. in præd. l. 1. §. ff. de test. ff. de infirmitat. ventr. in illis verbis: Ut ordinum dignitas, familiarumque salvas sit: Quod in feminis contingi non potest, cum quælibet femina familia sua caput, & finis sit, l. pronuntiatio 14 §. ff. de verb. sign. & hoc ipsum idèd, quia ut in l. leg. 2. l. licet, qui ex feminis in matrimonio iusto, & legitimo nascuntur, patris, non matris conditionem sequantur: quod etiam scriptum reperitur, in l. cura legitimo 19 ff. de stat. homin. ut fasè, & eleganter tradit Anton. Fab. in jur. Papin. tit. 8. princ. 1. in princ. sed hæc ratio tota civilis est, à civili legislatore ad Reipublicæ dignitatem augendam introducta: ergo patriæ potestas non solum provenit à jure civili, sed etiam tota nititur civili ratione.

4. Uterum quid habeat Autoritate, quod respondere possit locutione in §. jus autem. 2. insit. de patr. potest. sequentia dicenti: jus autem potestatis, quod in liberos habere, proprium est civium Romanorum: nulli enim alij sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus, & Jurisconsulto Gajo in l. 3. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. ibi: Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreavimus, quod jus proprium civium Romanorum est, nisi cum adductis ibi à Gothofredo dicat, juris gentium ex eo patriam potestatem esse, quod apud Perlas sic hæc patriæ potestas, Aristoteles lib. 8. ethico. c. 20. apud Aegypcios Diodorus 1. apud Hæbreos 2. 1. 43. Deuter. 21. c. 18. apud Græcos. Alicarnassio 2. apud Gallos Cæsar 6. de bell. Gall. Sed neque hæc responsio esset digna jurisprudentis præceptoris publici, cum perverta sit hæc argumetatio: Apud omnes gentes recepta est ergo juris gentium est; nam plurima apud omnes recipiuntur quæ sunt meri juris civilis: quid enim toto terrarum orbe frequentius est, quam usus testamentorum, & stipulationum; Et tamen unus certus, quàm quod testamenta, & potestas faciendi ea sint juris civilis, quia absque lege nulla potest esse testamenti factio, ut abundè ostendimus supra hoc lib. cap. 6. & stipulationes; quis enim unquam dixit, aut dicere potuit eas esse juris gentium, ut & probavimus supra lib. 1. c. 2. per totum, & præcipuè num. 9. cum seqq. Anton. Fab. in jurif. Papin. tit. 2. princ. 4. ill. 1. ergo non ex eo, quod apud omnes recepta sit patria potestas rectè dicitur juris gentium esse: nam quodque jus, sive naturale sit, sive gentium sive civile, non ex alia re æstimandum est, quàm ex ratione ipsa, quæ illud induxit: itaque est admittendum hodie apud omnes gentes receptum esse jus, & usum patriæ potestatis, non eò minus dicendum esset, juris civilis esse, inspectâ solè ejus inducendi ratione, quæ tota, ut diximus præced. civilis fuit, propriâque civium Romanorum. Ant. Fab. in jurif. Papin. tit. 8. princ. 1. illat. 1. in omnis his, quæ scriptur tit. 2. princ. 5. in princ. & illation. seqq. & in princ. præcedentib.

Ex superioribus priusquam manifestum est totam rationem, qua nititur patria potestas, civilem esse: & ut illam clariori demonstratione doceamus, maxime notandum est patriam potestatem non consistere in obedientia filij, quam jubente ipsa natura filius patris exhibere tenetur; sed in imperio patris pro arbitrio suo stantis in personam filij usque ad ejus necem, ut dixi supra num. 2. hoc cap. simulque in bona, l. in suis 11 ff. de liber. & posthum. l. ult. C. de patr. potest. Quintilian. declamat. 19. ibi: Jam verò quid impudens tui, quid indignus, quàm cum sibi de liberis credunt, licere tantandem & æquum jus patris, ac matris esse contendunt; quasi nesciant nobis arbitrium vite, necisque commissum? Quam potestatem tacito populi consensu

per consuetudinem civis acceperit, ut nuper scriptum mus: nam jus Reipublicæ patriæ potestate potentius, l. ille à quo 13. §. ff. cum l. seq. ff. ad S. C. Trebell. l. illius familiaris 9. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. l. apud filium fam. ias 7. ff. de manum. vind. illam vitæ, necisque potestatem, quam antiquitus in civis habebat, & nunc etiam habet, olim circa filios in parentes transfuit diuturnâ concessione, Anton. Fab. in jurif. Papin. tit. 1. princ. 1. ill. 1. & tit. 2. princ. 7. illat. 1. quia summa cum ratione credebatur parètum viscera filiorum affectibus. & dilectione paternali commota non foret abusura eâ potestate filios occidendo, nisi magnâ, & iustâ interveniente causa; quia ut Quintilianus ait supradicto loco: Nemo filium suum occidit odio: non erit tantum invidiosus, sed etiam in patribus usque ad par. riciidum terribile, quod amant, quod succurrunt, quod sibi videntur ceter non posse miseri. Non est quod vos ab estimatione malorum meorum melior sexus abducatur. Majoris affectus est filium occidere, quàm vindicare. Andr. Alciat. de præsumpt. part. 2. regula 1. præf. 1. Quis igitur fiducia ullâ veritatis affirmare poterit patriam potestatem à jure naturali, & divino provenire: Quis cumque sit, qui solus fuerit hoc affirmare, teneatur ostendere jure naturali, & divino parentibus ad libitum licuisse suos filios occidere; & ex consequentia vitæ, necisque potestatis cetera, quæ ut minor huic potestati in personam infanti, liberè facere, ut puta filios vincire, verberare, & vitæum ad opera rustica ablegare, etiam si Magistratum gerant, eos vendere, ut ex Alicarnassio satis abundè docuimus supradicto loco: hæc ceterè dona parentibus in filios concessa juris naturalis non sunt, sed meri juris civilis, seu moribus, seu interpretatione prudentum introducta.

2. Inò plus dico, hanc potestatem vitæ, necisque, quam & domini in servos habuerunt, diutius durasse, & antiquiore fuisse, quàm illam quæ parentibus in filios tributa fuit: quia mediâ jurisprudentia, quæ dominis illam potestatem subtrahit, ipsam dominis concessit, si ob factum merentem servum occiderint, l. c. 6. §. ff. ad S. C. Sillan. serv. 17. ff. de furt. & eâ ratione Jurisconsulti excusati habent hæredem adversus legatarium, l. quid ergo 53. §. ff. de legat. 1. debitorem adversus creditorem, l. qui servum 96. ff. de verb. obligat. proprietarium adversus usufructuarium l. loci 17. §. ex eo 1. ff. de usufr. quod & Imperator Justinianus pro jure statuisse aperte constat ex §. sed hoc tempore 2. insit. de his qui sunt sui, vel alien. jur. ubi dum ex constitutione Divi Antonini venit servum à domino occidi sine causa legibus cognitâ, videtur permissum reliquit, ut male meritum, seu facinorosum servum dominus occidere impunè possit: filios verò si facinus domesticum, hoc est pie emendationis modum excedat, volunt tùm Jurisconsulti, tùm Imperatores, iudicis notioni dedit, l. inaudatum 2. ff. ad leg. Cornel. de scar. l. si filius 3. C. de patr. potest. l. unica C. de emendat. propinquor. Donel. lib. 3. comm. jur. civil. cap. fin. & ibi O uvald. liter. A. Hæc potestas antiquior patriæ potestate, & quæ diutius duravit, et si in servos jure gentium ita constituta erat, illa tamen non proveniebat ab illo jure gentium, quod cum ipso genere humano proditum fuit, l. 1. ff. de acquir. rer. domin. quod quidem jus gentium, ut explicatius circa effectus suos demonstratur, jus naturalè passim appellatur: itaque quæ circa servos statuta erant, non descendunt à jure, quod naturale vocatur, quia eò jure nulla hominum differentia erat, omnes liberi, & sui juris nascebantur, nullus in alium vitæ; necisque potestatem habebat; §. jus autem gentium 4. insit. de jur. natur. gent. & civil. omnes inter se æquales erant, & singuli pro extraneis habebantur, l. vos accusare 12. §. ff. de accusat. l. nec servus 41. ff. de pecul. l. quod nititur 32. ff.

3: ff. de regul. j. r. ergo si nec dominica potestas potuit à jure naturali provenire, idest illo jure gentium, quod cum ipso genere humano ortum habuit; quomodo patria potestas, quæ multo post dominicam orta fuit, tribuenda eâ juri naturali, at hic Author intendit ex eo solo, quod à jure naturæ filij teneantur adamare parentes, & eis obedire: cum certum sit patriam potestatem (ut diximus) ex imperio parentum in filios, & non ex obedientia filiorum in parentes provenire.

Præterea, origo, & fundamentum omne patriæ potestatis sunt jura nuptiæ, non nuptiæ simpliciter §. ff. ad v. s. 1. 2. in ff. de nupt. audi ibi ea de re Imperatorem Justinianum hæc dicentem: Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coterint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt, hi, quas mater vulgo concepit: nisi nec hi patrem habere intelliguntur, cum & his pater incertus sit: Quibus maxime notanda sunt illa verba: Quantum ad patriam potestatem pertinet, illis enim aperte ostenditur patriam potestatem non oriri nisi ex iustis nuptiis. Nuptiæ simpliciter sumptæ, juris gentium, seu (quod idem est) juris naturalis sunt, princ. inst. de jur. natural. gent. & civil. quales qualesque nuptiæ appellantur, & sufficientes sunt ad producendam cognationem, non verò ad inducendam agnationem, l. non facile 4. §. cognationi 2. ff. de gradib. & affinit. l. cum hic statu 3. 2. §. si quis sponsam 2. 7. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. nuptia 18. l. in libertam 24. l. si quis 2. 7. l. si senatori 3. ff. de ritu nuptiar. l. de jure 3. 7. §. fin. ff. ad municipal. l. hæc conditio 1. 0. ff. de cond. & demonstrat. hæc omnes, & similes jure gentium nuptiæ sunt: tamen quantum ad patriam potestatem attinet, pro nuptiis non habentur, quia non sunt iustæ, & solennes d. §. ff. ad v. s. quia iustæ nuptiæ solum dicuntur illæ, quas inter se cives Romani contrahunt, quando secundum præcepta legum cõsunt princ. inst. de nupt. ergo patria potestas, ad quam inducendam non sufficienti nuptiæ quæcunque, sed requiritur nuptiæ iustæ, provenit ab eo jure, à quo illæ proveniunt: sed illæ sunt à jure civili, vide Anton. Fabrum in juris. Papin. tit. 9. princ. 1. in princ. ergo & patria potestas necessariò juris civilis erit: nam, ut Justinianus ait, qui nascuntur ex nuptiis non iustis, in patris potestatem non recandunt: Imperatoris verba in d. §. ff. ad v. s. itaque qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt.

8 Sed concedamus quod supradictus Author probare intendit, patriam potestatem in ratione naturali consistere; non tamen ex eo recta erit consequentia hæc: ergo patria potestas est juris naturalis, seu provenit à jure naturali. Nulla enim recta potest esse lex, quæ non consistat in ratione naturali, etiam si lex merè civilis sit: hujus rei exemplum accipe ex §. fin. inst. de Atrilian. tutor. ubi hæc scribit Imperator Justinianus: Impubes autem in tutela esse naturali juri conveniens est, ut is, qui perfecta ætatis non sit alterius tutela rogatur: Effet nò recta hæc argumentatio: tutela nititur ratione naturali: ergo tutela est juris naturalis; minime, nam tutela est vis, ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data, ac permessa §. autem 1. inst. de tutel. l. 1. ff. eod. si enim jure civili nò esset data, ac permessa tutela, illa ratio naturalis per se non sufficeret, neque posset quisquam alium tutorem dare, si jus civile id specialiter non concessisset, l. 1. l. tuto 6. §. tutoris 2. ff. de tutel. l. impuberi 40. ff. de admin. tutor. l. jure nostro 2. 6. ff. de testam. tutel. Unde provenit, quod nec jure quidem prætorio tutor detur, aut permittatur dari ut prætorio jure, sed ut civili, seu moribus. Ulpian. in fragm. tit. 1. §. moribus 24. vide Anton. Fabrum

in juris. Papin. tit. 12. princ. 1. in princ. Dovel. lib. 3. com. jur. civil. cap. 1. Olovald. ibi liter. H, ergo non ex eo, quod patria potestas consistat, & imitatur in ratione naturali erit juris naturalis. Debitè igitur est, & rectè jurisprudentiæ alienum fundamentum dicere patriam potestatem juris naturalis esse, quia nititur in ratione naturali: nam jus civile secundum definitionem Ulpiani in l. jus civile 6. Digestis de just. & jur. illud est, quod nec in totum à naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi: jus proprium id est civile efficitur Anton. Fab. in juris. Papin. tit. 2. princ. 5. in princ. cujus definitionis verbo proprium correspondet illud, quod supra num. 4. de patria potestate diximus ex §. 1. inst. de patr. potest. puta, proprium est civium Romanorum &c. Dein se semper observare convenit jus civile, licet juri gentium serviat, & ejus definitionem servet de eo, quod apud omnes gentes per æquè custoditur, nihilominus propriam definitionem, & specialem juris civilis retinere de eo, quod juri communi addit, vel detrahit. Itaque certo certius erit patriam potestatem, quæ rationi naturali deseruit (etiam hoc ita concessò) tamen juris civilis esse, quia ei addit multa, qualia supra scripsimus, quæ neutiquam possunt esse juri naturalis.

Qui superiorem sententiã ausi sunt affirmare, præter supradictum enim Authorem, alios etiam legitimus hujus criminis reos, quos videre poteris apud Camillum Borrellum de regis Cathol. præf. c. 6. §. num. 1. 1. & seq. neque Vaconio hac in re credemus lib. 1. declar. 8. licet credat suis autoritatibus, & rationibus eam firmissimè probari necessariò fateri debent, jure naturali, à quo matrimonium provenit princ. inst. de jur. natu. gent. & civil. etiam necessariam esse voluntatem, & consensum patris in nuptiis filiorum; ait enim Justinianus ad hoc, ut consensus parentum exigatur, nò solum civilem, sed etiam naturalem rationem suadere: princ. inst. de nupt. ibi: Dum tamen si filij familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere & civilem, & naturalis ratio suadet: Quod ita credit Cujacius lib. 10. quest. Papin. in l. dotis 68. ff. de jur. dor. cui merito illa sententia uti erronea jussu tribunalis Sanctæ Inquisitionis deletur: nam etsi non intervenerit consensus patris, valebunt nuptiæ, quia ille consensus ex honestate magis, quam ex necessitate exigitur: cap. cum causam §. ext. de rap. torib. cap. cum apud sedem 2. 7. quest. 2. & id significatur à Justiniano d. princ. inst. de nupt. verbo naturalis ratio ad humilitatem provocans filios ex honestate, non verò compellens eos ex necessitate ad præstandum hunc parentibus honorem, nè alioquin videantur eis non parere l. 2. ff. de just. & jur. Tota enim ratio, quare consensus patris exigebatur princ. inst. de nupt. l. nuptia 2. ff. de ritu nuptiar. l. in sponsalibus 7. §. 1. ff. de sponsalib. l. si nepos 6. l. nuptia 18. l. si filius familiaris 3 §. ff. eod. tit. de ritu nuptiar. Ulpian. in fragm. tit. 5. l. si ut proponis 7. C. de nupt. Anton. Fab. in juris. Papin. tit. 9. princ. 4. illat. 1. 1. civilis erat; quæ qualis sit, apud Antonium Fab. in d. princ. 4. in princ. poteris videre. Et licet illa tam maximo viro digna sit, tamen accipe istam aliam, quæ mihi elegantior videtur; nèpè idem requiri consensum parentum, quia jure patriæ potestatis filius familiaris deteriorum patris conditionem facere non potest: etsi uxorem invito, vel ignorante patre duceret, deteriorum conditionem parentis faceret; cum & patri invito, & ignoranti suam hæredem procrearet, l. in bello 1. 2. §. medio 3. ff. de captiv. & postlim. revers. l. si ut proponis §. C. de nupt. Sed contra hanc rationem obstat dicere, quod filia, quæ nec patri quidem consentienti suam hæredem pariat, sine consensu patris, in cujus potestate est, jus nuptias contrahere

tere non possit: l. Paulus 11. ff. de stat. homin. ergo & filius, qui sine consensu patris non potest jure in uxorem ducere, non ex eo prohibetur jure nuptias contrahere, ne invito patri hæres suis agnascatur, sed si quis instit. de adopt. facit l. si quis nepos 1. 0. l. si is qui 4. ff. eod. tit. sed aliunde provenit filio esse impedimentum; cum eodem modo filia in nuptias sine consensu parentum interdicitur.

10 Sed responsio; & ratio, quare filia non possit, sine consensu patris nubere, in promptu & speciosissima est, nèpè quod id à jure antiquo provenit, id est jure illo, quo matrimonium viri per coemptionem, seu conventionem in manu in vi fiebat, quod genus matrimonij quibus civibus constitui solent, fuisse videre poteris apud Cujacium in fragm. Ulpian. tit. 9. Gothofred. & Charond. ibidem Petrus Fab. lib. 2. §. 1. cap. 4. 2. in princ. Brisson de ritu nupt. pag. 10. §. lib. 6. de formul. pag. 10. §. 4. Fornierius lib. 1. §. 1. c. 1. 1. R. 2. bardus ad leg. 1. 2. l. 2. §. 1. lib. 4. v. 1. r. Scalliger a l. Festum in defarreat. Rolin. lib. 5. antiquitat. cap. 17. & cum aliis novissimè Doctor Josephus Fernandez à Retes lib. 1. miscellan. c. 4. n. 10. & seq. Eo enim nuptiarum genere mulier nubens capite minuebatur, & à familia patris migrabat in familiã viri Ulp. in fragm. tit. 11. §. minima 12. & ea de causa Ulpianus in l. nam civium 4. ff. de his, qui sunt s. i. vel alien. jur. loquens de matrib. infamiliã dixit: Quædam sunt matres familiaris, ubi verbo quedam ostendit: voluit non omnes uxores matres familiaris esse, sed solum illas, quæ per coemptionem, vel conventionem in manu viri nubere solent, Ge lius lib. 18. c. 6. n. si 1. Cicero in capit. uxorem, (inquit,) due feceris sunt, unam maritum: familiaris: hæc sunt sua in manum convenerunt: altera autem, quæ tantummodo uxores habentur, Cujus in fragm. Pithoean. tit. 16. sororis nobis loco est, (inquit,) etiam mater, aut uxore, quæ per conventionem in manum apud patrem nostrum jus filia consequuta est, & Zolimus lib. 2. Constantinus matris, (inquit,) ex consuetudine mulieris, quæ mater familiaris non esset, nec in manum Imperatoris Constantino convenerat, id est apud Ulpianum in fragm. tit. 2. §. sui heredes 14. sed cum in manum viri non convenerat, tunc quia non de eadem familia, aut agnatione erant inter se, idem nec mutuo succedebant, &c. Et cum hoc matrimonium per coemptionem, seu conventionem in manu viri, quo transiret filia in familiam ejus, sine consensu patris fieri non poterat: sicut nec potest quicquid sine consensu patris emancipari, l. non potest 3. ff. de adoptio. l. filius familiaris 8. in fin. ff. si tabul. testam. null. stab. und. liber. l. nec unus 4. C. de emanc. liberor. §. ult. inst. quib. mod. jus pat. potest. soluit. id est in contrahendis his filiarum matrimonij consensus patris necessariò exigendus erat. Itaque licet verum sit in omnibus nuptiis contrahendis, sive filij familiaris, sint qui eas contrahunt, sive filij familiaris, necessariò requiritur consensus patris, in cujus potestate sunt: diversa tamen ratio exigendi consensus est; nam in filiis illa, quam dedimus, ratio suadet; nèpè nè in viris parentibus sui hæredes agnascantur; in filiabus verò hæc reperitur, ne filia absque consensu patris à patriæ potestatis nexibus liberentur. Omnino igitur nec potuit filius familiaris sine consensu patris nuptias contrahere, ne ejus inuiti vel ignorantis familiarum agnatione sui hæredis augeretur; neque filia, nè invito patre familiam ejus minueret: & eâ ratione nepote ex filio uxorem ducente filius etiam consentire debuit: nec potuit si nubebat, voluntas, & auctoritas avi sufficiebat, l. oratio 16. §. 1. ff. de rit. nupt. Ant. Fab. in juris. Papin. tit. 9. princ. 4. ill. 2. Et cum utraque ratio civilis sit, non exigitur jure naturali hic consensus, neque aliud vult Justinianus in d. princ. inst. de nupt. dum dicit & civilem, & naturalem rationem suadere, ut patris consensus in nuptiis filiorum exigatur: nã ejus sensus est

civilem rationem, quæ jure patriæ potestatis id induxit, non abhorret à ratione naturali: non tamen ex eo sequitur, quod jus naturale consensus parentum in contrahendis filiorum nuptiis necessariò exigat: cum non omnis ratio naturalis jus naturale constituat, ut rectè docuit Anton. Fab. in juris. Papin. tit. 2. princ. 5. tit. 9. princ. 4. in fin. princ. & n. 5. copiosius, & singularis servituti nos supra lib. 2. cap. 4. Ex quibus certò apparet non ex eo, quod patria potestas ratione naturali nitatur, esse juris naturalis: itaque sicut fatendum est ex ratione naturali esse ut in liberorù nuptiis consensus patris intervenire oporteat, id tamen non provenire ex jure naturali: sic etiam fateri debet patriam potestatem ratione naturali nitì, negari tamen oportet, ut verò amamus esse juris naturalis, quia non omnia, quod est ratio naturalis, eo ipso juris naturalis est: nam si hæc consequentia recta esset, rara, vel nulla lex civilis inventiretur, cum omnia, quæ civiliter statuta sunt, tam interpretatione prudentum, quam constitutionibus Principum, vel alio quocumque civili modo, suadente ratione naturali, vim & potestatem legis obtinerent.

Uterius emancipatione dissolvitur omnino patriæ potestas §. præterea 6. & §. pen. inst. quib. mod. jus pat. potest. soluit. l. 1. quæ etiam §. 5. ff. de ritu nuptiar. l. ult. ff. de paren. quis manum. sic Anton. Fab. in juris. Papin. tit. 11. princ. 10. in princ. & illation. seqq. quod ad id verum est, ut per emancipari meum non tantum patriæ potestatis, sed etiam pietatis vinculum dissolvatur in d. ult. ratio est, quia cum pietatem filius non alia de causa patri debeat, quàm quia filius est, & per emancipationem filius esse desinat, omnino consequens est, ut si nihil nisi jus civile inspiciatur, non minus pietatis, quam patriæ potestatis vinculum dissolvatur: itaque quemadmodum naturali jure filius permoneat, etiam postquam emancipatus fuerit, ita etiam superest vinculum illius pietatis, quam à natura filij parentibus exhibere quasi ex pudore tenentur, quia illa pietas non ex patria potestate, sed ex ipsis naturæ legibus, & reverentia communi, quæ inmutabiles sunt æstimateur d. l. furiosus 4. ff. de curat. furios. ubi eâ ratione scriptum fuisse docuimus æquam pietatem debere filium parentibus, licet inæqualis sit eorum potestas: neque enim matres habent liberos suos in potestate, l. mulierem 5. C. de adoptio. l. §. minima 10. inst. eod. tit. Et certè hoc sensu nihil commune habet nomen patris cum jure potestatis, l. præf. titia 5. §. si pater pro filio 11 ff. de jur. dor. unde provenit, quod emancipatus filius non possit pater in jus vocare nisi prius veniã petiã, l. quique 4. §. 1. l. parens 6. ff. de in jus vocand. quod etiã circa matrem observandum est d. l. 4. §. parentem 2. Anton. Fab. d. tit. princ. 10. illat. 1. sed emancipatio est modus dissolvendæ patriæ potestatis à jure civili introductus, Cujacius libro 1. inst. tit. 6. §. item per emancipationem. Ulp. in si. ag. tit. 10. in princ. ergo necesse est, ut patria potestas, quæ emancipatione dissolvitur, civilis sit proveniens à jure civili: alioquin per emancipationem non tolleretur, argu. text. in §. sed naturalia pen. inst. de jur. natu. gent. & civil. Præterea si patria potestas esset juris naturalis, adoptio, & modus faciendi filios per jus civile reiciendi erant, cum per eos filij non minus in parentum adoptivorù potestate sint, quàm filij, qui ex iustis nuptiis procreantur: de quo videndus est Anton. Fab. in juris. Papin. tit. 10. per totum: itaque cum per adoptionem non interrumperetur in patre naturali jus patriæ potestatis, quando filius adoptaretur, quia hæc actio civilis legis non poterat tollere id, quod juris naturalis esset: necessariò fatendum foret filium adoptivum in potestate duorum simul & semel esse: in potestate patris naturalis, quia ea per nuptias naturaliter introducta, per adoptionem non potuit corrumpi in potestate patris naturalis

adoptivi, quia per adoptionem non minus quam per naturam suam sunt, l. in princ. ff. de adop. & princ. in-
ter adopt. & filij ad. privi sicut & naturales jura sui-
tatis habent, l. 1. §. hinc 2. ff. de juri. & legat. hered. §.
sui a ten. 2. ff. de her. legat. ab intest. de sep. ergo ne
hac tam absurda subsequatur, fatendum est, patriam
potestatem in patre naturali per subsequentem ado-
ptionem dissolvi per consequens illam civilem esse,
cum per istum modum omnino civilem dissoluatur.
Alia plurima argumenta ad convincendum hu-
jus Authoreis sensum contrarium deoconis asserere po-
terant sed ne in re per e omnibus nota molesto sum,
extra suspendo.

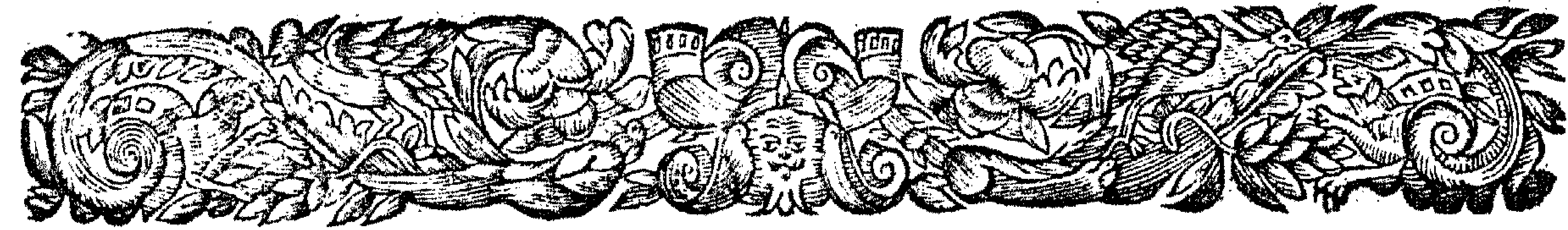
12. Deinde ut de origine patrie potestatis hunc Autho-
rem certiore faciamus, remittamus eum ad Papi-
nianum in fr. gen. lib. singul. de adulter. ibi videbitur pa-
triam potestatem acceptam referri legis Regia, id est
legibus Romuli quod & ita scripsit Cujac. in notis ad
Imp. Lucr. in tit. de patr. potest. Ulpianus vero con-
tra moribus illam acceptam refert in l. patre 8. ff. de
his, qui sunt sui, vel alien. jur. Alicarnasseus etiam lib. 2.
antiquit. Roman. lege 12. tabul. sancitam, fuisse testa-
tur, & ait suis quoque temporibus extitisse scriptam
in quarta tabula: & licet dubitet, an sine scripto, an
scripto ante legem 12. tabul. prodita fuerit; affirmat
tamen apud primos illo Romanorum Reges jam pro-
 omnium firmissima observatam fuisse; idque eo argu-
unt: Eo probat, quod in legibus Numa Pompilij sic
scriptum f. ille, si pater filio concesserit uxorem ducere
futuram sacrorum, ac beneiuxta leges paricipet patri
post hoc nulli jus esto vendendi filium: Quod Numa non
scripsisset, nisi ante jus patri filium vendendi fuisse, ut
etiam adnotavimus supra d. l. lib. 2. cap. 4. num. 4. Qui-
bus addendum est antiquitus parentes, qui liberos, quos
in potestate habebant, occidissent, obstrictos non fuisse
lege Pompeia de parricidio, & deinde cum de aliis occi-
sitoribus specialiter cavisset, & etiam de matribus,
nihil circa partes edixit l. 1. ff. ad leg. Pomp. de parricid.
apud Paulum lib. 5. sent. tit. 2. 4. Fuit igitur de patri-
a potestate prima omnium lex Regia, eaque non
scripta, sed introducta moribus, qui legem faciunt, l. de
quibus 32. ff. de legib. l. 1. §. ult. ff. de aqua, & aqu. plu-
v. arces. vel scripta quidem fuerit; deinde omnibus le-
gibus Regiis post ejectos Reges una rogatione abro-
gata postea moribus perinuerit, & inde in lege 12.
tabul. relata fuerit. Sic etiam & prodigis ex lege 12.
tabul. dicitur interditi administrationem bonorum, l.
1. ff. de curat. furios. & ab initio id moribus introdu-
ctum fuisse Paulus affirmat l. 3. sent. tit. 4. sent. moribus,
de quo videndus est Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 1. 2.
princ. 3. in princ. Ex eo ordine habes satis abunde, quo
modo satis facias omnibus quantumvis divertis de
Origine patrie potestatis locis, si animadvertas posse
etiam jura quedam, quae a patria potestate profici-
scuntur, per interpretationem prudentum inducta
esse, & sine scripto constare, ut puta pupillaris substitui-
tutio, l. moribus 2. ff. de vulg. & pupill. substit. acquisitio
parentum per filiosfamilias §. in ff. de acquisi. per ad-
rog. l. si paterfamilias 15. ff. de adoption. de qua abun-
de scripsimus supra l. 1. c. 5. Ex his omnibus constat
aperte falsam esse supradicti Authoris sententiam juri
naturali tribuentis Originem patrie potestatis, cum
illa a iure civili proveniat, non solum quoad ipsam
patriam potestatem, sed etiam quoad rationem in
dicoendae patrie potestatis.

13. Sed pro illa opinione, quam impugnamus, urgen-
tius fundamentum affari potest ex l. 1. ter patrem 1.
ff. de contrab. empti, ubi Jurisconsultus Paulus inquit,
inter patrem, & filium, eo videlicet emptio non potest, sed de
rebus C. est in sibi: ergo patria potestas juris gen-
tium est; quod quidem jus idem est cum jure
naturali, ut diximus ex l. 1. ff. de acqui. rer. domin. Con-

sequentiam probam, nam emptio & venditio sunt iure
gentium Lex hoc jure §. ff. de just. & jur. quorum ius
impediri solum potest ab ipso jure, a quo descendit, ut
& eo impeditio, quod exinde provenit: sed usus
emptionis, & venditionis inter patrem, & filium im-
pediuntur propter patriam potestatem: ergo patrie po-
testatis juris gentium est. Nec in tuto eris, si dixeris
ideò dici in d. l. 1. 2. inter patrem & filium non vale-
re emptionem, & venditionem, quia non potest ulla
obligatio civilis inter eos consistere, l. Imperator 57.
ff. de S. C. Trebell. ibi: nam quia cautiones non poterant
interponi conservata patrie potestate, damnatum condi-
tionis propter fraudem inlicitum, nam invicem obligati non
possunt, quin patrie potestatis jus violetur §. item inu-
tilis 6. in ff. de inutilib. stipulation. l. sed est 25. §. idem
Julianus ibi: & regulariter desinit, quod quis ab alio
stipulando nisi acquirat, id ad me stipulando nihil agit
Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit. 8. princ. 7. illat. 6. & lib. 7.
conjectur. cap. 7. Nam replicabo, etiam obligationes,
quae nascuntur ex contractibus, qui a jure gentium
provenerunt, ejusdem juris sunt d. l. Lex hoc jure ibi:
commercium, emptiones, venditiones, locationes, condu-
ctiones, obligationes instituta exceptis quibusdam, quae a ju-
re civili introducta sunt: ergo non dicitur impediri
emptionem inter patrem, & filium, quia inter eos
nulla obligatio civilis consistere potest, cum obliga-
tio proveniens ab emptione, & venditione juris gen-
tium sit; sed ex eo, quod patria potestas a jure gen-
tium proveniat, a quo vim habet impediendi em-
ptionem, & venditionem inter patrem, & filium in
sacris paternis constitutum.

Sed haec difficultati, quae non est vulgaris satisfacere poteris
dicendo inter patrem, & filium nullum negotium contrahi posse,
& hoc natura ipsa prohiberi, l. ne cum filiofamili-
as ff. de furt. ibi Paulus, ne cum filiofamilias (inquit)
pater furti agere possit, non juris constitutio (id est patri-
a potestas), sed natura rei impedimento est: quod non
magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum
ipsi agere possunt: nam supposita patrie potestate cum
pater, & filius sint una, eademque persona §.
si quis 4. versic. quod si quis instit. de inutilib. stipulat. l.
fin. C. de in puber. & aliis substit. d. l. Imperatorum
50. ff. ad S. C. Trebell. Donel. l. 1. 2. comm. jur. civil. cap.
23. versic. idem juris est. Olivaud. ibid. liter. B. & lib. 9.
cap. 6. liter. A. & B. & d. l. 1. 2. c. 17. liter. B. Schifode-
ger. lib. 3. tract. 5. quaest. 4. Larreatog. lib. 1. selectar. jur.
civil. disputat. cap. 6. n. 2. Anton. Fab. in jurispr. Papin. tit.
2. princ. 5. illat. 1. versic. pendet, & tit. 8. princ. 7. in pr. &
illat. 1. cum quatuor seq. & tit. 9. princ. 3. illat. 1. 1. & tit.
12. princ. 1. illat. 8. & in ratione ad leg. si filius 19. ff. de
interrogat. in jur. faciend. impossibile est, ut quisquam
sibi ipsi obligatus existat, ita ut secum ipsum agere
possit, Anton. Faber. in d. l. jurispr. tit. 3. princ. 2. illat.
14. tit. 10. princ. 1. illat. 2. tit. 25. princ. 1. illat. 1. & in ra-
tional. ad l. Papinianus 8. §. quarta 9. ff. de inoffic. test.
Unde cum supposita patrie potestate necesse sit, ut
etiam identitas patris, & filij supponatur, absque du-
bio emptio & venditio inter eos non valet, quamvis
contractus juris gentium sit; quia sibi ipsi nemo ven-
dere potest impediendo id non tantum juris constitu-
tione, quantum ipsa natura, postquam juris constitu-
tio patris & filij identitatem introduxit. Deinde po-
test dici juri gentium inesse jus civile, ut fuscè demon-
stravimus supra l. 2. c. 8. n. 10. & ex eo inter patrem, &
filium non posse subsistere emptionem, & venditio-
nem. Ex his magis ac magis manifestus redditur er-
ror, quem merito refutamus; quia ab Authore peti-
mus, ut nos meliora velit edocere.

Quaecumque in hoc volumine continentur, correctioni
S. Matris Ecclesiae submissio, & ea omnia meque ip-
sum pia humilitate, & Catholica devotione proferro.
INDEX



INDEX RERUM NOTABILIUM, Quae in hoc Opere continentur.

Prior numerum marginalem & secundus paginam denotat.

A	
A bsens reipublica causâ non restitu- tur de damno quod passurus erat; nisi non abfuisse. 3. 348	ex testamento. 3. 13
A bsentis negotia ut fierent ab aliquo, utilitatis cau- sâ receptum est. 16. 365	Actioes neque ab herede, neque contra heredem olim incipi poterant. 30. 26
A blatum non videtur quod in corpus patrimonij versum est. 3. 181	Actioe legati electâ non extinguitur pristina actio §. 43
A bsoluto reo an extingatur obligatio. 5. 356	Actioes plures venientes ex una causâ, unius ele- ctione caeterae extinguuntur. ibid.
A ceptilatio inutilis continet utile pactum ad libe- randum. 662	Actioes plures provenientes ex diversis causis, ele- ctione unius nulla alia extinguitur. ibid.
A ceptilatio iis diffinitio. 1. & seq. 100	Actio famosa esse nequit inter patrem & filium. 14. 70
A ceptilatio fieri debet verbis interposita stipulatio- ne. ibid.	in Actioibus hereditariis idem fit ac in legato damnationis. 34. 91
A ceptilatio praecedente Aquiliana omnes obligatio- nes tollit. 4. 101	Actio in rem nulla est hereditaria. ibid.
A ceptilatio juris gentium est. ibid.	Actioem nemo ex improbitate consequitur. 5. 99
A ceptilatio juris gentium suis etiam inter Roma- nos. 9. 103	Actio. ex contractu aliae sunt certe, aliae incerte. 4. 125
A ceptilatio quare ponatur inter exempla perfectae rei. 1. 219	Actio in certa nascitur ex re gesta. ibid.
A ceptilatio jus dandi continet. 3. 220	Actio incerta appellatur nomine generis actio pra- scriptis verbis. ibid.
A ceptilatio loco verae traditionis habetur. 4. 220.	de Actioe praedjudiciali. 9. 114
7. 393	Actioibus provenientes ex contractibus certis convenit etiam nemo praescriptis verbis. ibid.
A ceptilatio causam faciendi quando continere possit. 4. 220. & 17. 223	Actio praescriptis verbis nascitur ex praescripta lege conventionis, cui subsit causa sufficiens ad con- tractum. ibid.
A ceptilationem juris esse quare dicatur? ibid.	Actio directa dicitur ex eo quod in judicio praescri- pta est. ibid.
A ceptilatio quare dicatur species acquirendi. 4. 220	Vide verbum praescriptis verbis.
A ceptilatione non tolluntur nisi obligationes, quae verbis contrahuntur. 10. 222	Actio praescriptis verbis omnino est formula conti- nens judicium praescriptum ex contractu. 4. 125
A ceptilatione, vel alia qualibet remissione pignus tollitur factis, non ipso jure. 11. ibid.	Actio praescriptis verbis ex contractu & conventio directa provenit. 5. 125
A ctus quilibet, cui solemnia desunt, nullus est. 5. 61	Actio praescriptis verbis cum conditione concurrere non potest. ibid.
A ccursus reprehenditur circa explicationem l. 3. C. de donat. & l. 5. de donat. int. vir. & uxor. 5. 125	Actio directa non datur ex datione sola, sed condi- ctio, vel actio de dolo. 8. 126
A ccessio accessionis, fructus fructuum, usurae usura- rum non datur. 8. 227	Actioem habens, ipsam rem habere videtur. 17. 130. 1. 215
A ccessio semper fit ejus cuius est principalis. 1. 252	Actioem habere minus est quam rem habere; ibid.
A ccessorium nunquam separatur a principali. 3. 29	Actio praescriptis verbis directa est, & non potest esse utilis. 27. 36
A ctio non potest non nasci ubicumque est obligatio. 11. 47	Actioes praescriptis verbis agens renunciasset consti- tutioni Divi Marci videtur. 5. 139
A ctioem omnium summa explicatur ex l. 25. §. 1. D. de obligat. & action. 1. 190	Actioi directae etiam conditio inest. ibid.
A ctioem habens, ipsam rem habere videtur. 16. 1. 17. 130	Actioe praescriptis verbis agens ad interesse, vel condicens servum, mutare voluntatem manu- mittendi creditur. ibid.
A ctio competens legatario quare dicatur actio D. Hier. de Oroz, de Apic. Jur. Civil. 1. 130	Actio praescriptis verbis cur datur in l. 8. D. de pra- scriptis verbis. 2. 141
	Actio ex empto cur non datur in d. l. 1. ibid.
	ubi Actio datur ad aliud, poterit dari conditio M m ad

Index Rerum,

ad id quod datum est. 3. 141
 qua Actione in *di. l. pecunia peti possit*, si eam dominus elegerit. 4. & 5. 142
Actiones certæ provenientes certis sunt etiam civiles. 4. *ibid.*
 Actione præscriptis verbis quid petatur, & quid per conditionem. 7. 142
 Actiones omnes vel sunt ex contractu, vel ex facto vel in factum. 1. 190
 Actio præscriptis verbis nulla est quæ non sit vel ex contractu, aut ex facto, vel in factum. *ibidem.*
 Actio nulla sine contractu, nullus contractus sine conventionem esse potest. *ibid.*
 Actioni ex contractu semper inest actio ex facto, non è contra. *ibid.*
 Actioni ex facto semper inest actio in factum. 1. 190
 Actioni ex contractu inest actio in factum. *ibid.*
 Actio in factum omnium ultima & simplicissima est. *ibid.*
 Actio in factum an concurrat cum actione ex contractu, vel ex facto. *ibid.*
 Actio in factum exercetur quando alia actiones cessant. *ibid.*
 Actioni in factum non inest actio ex contractu, vel ex facto. *ibid.*
 Actiones omnes ex contractu, vel ex facto, directe sunt omnes in factum, utiles. *ibid.*
 Actio in factum omnium actionum genus est, & illa de omnibus dici potest. 3. 98
 in Actione in factum nihil est quod non sit in actione ex contractu, vel ex facto, non verò è contra. *ibid.*
 Actiones ex contractu, ex facto, & in factum gradatim una altera minor est. *ibid.*
 Actio ex contractu quid sit. 4. 191
 Actio ex contractu incerto appellatur actio præscriptis verbis. *ibid.*
 Actionem empti, locati &c. quando dicimus, præscribimus verbum contractus, ex quo nascitur. 5. 191
 Actiones provenientes ex contractibus certis, quare non appellentur præscriptis verbis. *ibid.* & 5. 226
 Actiones certæ ex contractibus certis formulam continent deductam ex re specialiter acta. 8. 192
 Actionum differentia levissima assignatur. *ibid.*
 Actioni directæ ubi locus est, multo magis interdicto erit locus. 15. 195
 cui Actio datur, multo magis eidem exceptio dabitur. *ibid.*
 Actionum ex facto tractatio. 1. per tot. cap. 196
 Actiones ex facto, aut maleficio an necesse fuerit appellari actiones præscriptis verbis. 2. 197
 Actiones quasdam esse in factum, quasdam præscriptis verbis an rectè dici possit. 4. 197
 Agere nemo potest secum ipso. *ibid.*
 in Actionibus utilibus non venit id quod interest, sed datur repetitio rei suæ. 6. 198
 Actio in factum *civilis* quare dicatur, & non simpliciter actio in factum? *ibid.*
 Actionis in factum tractatus. 1. per tot. cap. 200
 Actionis hujus definitio quare non detur in *d. l. 25. §. 1. D. de oblig. & actionib.* *ibid.*
 Eius rationis exempla afferuntur. *ibid.*
 Actio in factum oritur ex bono & æquo. *ibid.*
 Actionis in factum definitio. 1. & seqq. 200
 Actiones in factum stant ea ratione qua cognitiones prætorie. 2. *ibid.*
 Actiones utiles per interpretationem succedunt in locum directarum. 5. *ibid.*

Actiones directarum utiles paucissimæ reperiuntur extra legem Aquilianam. *ibid.*
 Actiones utiles singulæ singularum directarum aliquando appellantur actiones in factum. 4. 201
 Actionem accommodari huic vel illi legi, vel utilem esse huic vel illi legi, an diversum sit? *ibidem.*
 Actiones directarum utiles multoties non dantur, sed actio in factum. 4. *ibid.*
 Actiones utiles ex interpretatione prudentum an differant ab actionibus utilibus ex jurisdictione prætoris. 5. & 6. 201
 Actiones utiles inducendo quid agant Jurisconsulti. 5. *ibid.*
 Actiones utiles induci facilius est quàm constituere jus novum. *ibid.*
 Actiones utiles absque exemplo directarum quare sint? 6. 201
 Actiones utiles plerumque habent nomen sui authoris. *ibid.*
 Actione præscriptis verbis agenti nunquam petiuisse actionem creditur, & è contra. 4. 204
 Actiones quæ concurrunt, alteræ alteram non consumunt. 806
 Actio utilis nulla datur nisi in subsidium directarum. *ibid.*
 Actionum differentia nulla remansit postquam omnia judicia fuerunt facta extraordinaria. 19. 209
 Actiones provenientes ex contractu ultro, citroque obligatorio sunt bonæ fidei. 24. 220
 Actionem remittens, ipsam reddere videtur 1. 219
 Actio ex emptio, & actio præscriptis verbis an simul competere possint? 4. 226
 Actione incerta præscriptis verbis ex contractibus certis agi potest. 5. 226
 Actio in factum quare dicatur proxima actioni ex emptio in *l. 6. D. de resc. vendit.* *ibid.*
 Actio certa certæ actioni non cedit, incerta certæ cedit. 11. 228
 Actiones utiles non concurrunt cū suis directis. *ibid.*
 Actio in aliquibus legibus quare tribuatur juri naturali. 13. 235
 Actiones omnes provenientes ex contractibus incertis sunt bonæ fidei. 6. 242
 Actio ex stipulatu quare sit stricti juris? 7. *ibid.*
 Omnis actio bonæ fidei incerta est, non è contra. *ibid.*
 Actiones bonæ fidei qua ratione nitantur? *ibid.*
 Actio æstimatoria, aut proveniens ex permutatione ut competat, qui servari debeat. 8. *ibid.*
 In actione extraordinaria nihil est quod non sit extraordinarium. 10. 243
 Actio de dolo non datur ubi alia competit. 14. 245
 Actione in factum aliter ac conditione indebiti utuntur Jurisconsulti. 25. 248
 Actione injuriarum an agi possit in *l. 6. D. de præscript. verb.* 28. 249
 Actionis ex transactione nulla sit mentio in *tot. tit. D. de transact.* 6. 259
 Actionis hujus mentio ubi fiat. *ibid.*
 Actio quæ nascitur in testamento quare dicatur actio ex testamento. 17. 263
 Actio pæ procuratorem quare semper retineatur, & ea non semper acquiratur. 9. 338
 Actionem exercentes meliorem facimus conditionem nostram. 11. 358
 Actio personalis semper nascitur ex præsentis possessione. 13. *ibid.*
 Actio hæredi non datur, quando ea non est necessaria. 19. 396
 Actionum

& Verborum.

Actionum translatio per S. C. Trebellian. non fit nisi per hereditatis restitutionem. 4. 401
 Actus nullus expediti potest sine potestate & voluntate. 3. 147
 Aditio hereditatis non transfert possessionem 6. 25
 Aditione hereditatis acquiritur dominium. 20. 23.
 Aditionis hereditatis instans retrotrahitur ad instans mortis testatoris. 12. 392
 Adiectus non potest convenire promissorem, promissor adiecto rectè soluit. 5. 173
 Adiectus an filius sit, an extraneus, an interfit? *ibid.*
 Adiectus an debeat manere in suo statu, ut rectè ei solvatur. 6. 174
 in Adiectione in diem quando dicatur allata melior conditio. 22. 382
 Adeptio olim quomodo constituebatur? 19. 178
 Acquisitio & factum acquirendi differunt 6. 19
 Acquisitio ex traditione, stipulatione, vel alia causa in factum consistit. *ibid.*
 Acquisitionis emolumentum ex facto filij semper patri acquiritur. *ibid.*
 Acquisitionis, proprietatis, & usufructus differentia ante Justinianum inducta fuit. 14. 379
 Acquirendi factum per filium non transit ad patrem. 6. 19
 Acquiritur patri obligatio ex stipulatione filij familiaris. 9. 19
 Acquirendi capacitas, quam servi à dominis sumunt, contra dominos non debet detorqueari. 18. 55
 Acquirendi modus præcipuus olim erat per legatum. 1. 167
 Acquisitio patri per filium est secundum naturam. 21. 178
 In adrogatione pupilli quare cautio danda sit à patre adrogatore? 8. 371
 Adrogatus se, & omnia sua bona transfert in adrogatorem. *ibid.*
 Ab adrogatore cautio data non extenditur ultra pubertatem pupilli. *ibid.*
 De adrogatione an possit, filius quæri post pubertatem? 9. 371
 Assignatio liberti fieri potest verbis, testamento, codicillis, & nutu. 14. 64
 Assignare uni ex liberis libertum pater potest. *ibidem.*
 Assignare libertum quid sit? *ibid.*
 Adulterij crimine an vir & uxor possint accusari. 10. 35
 Adulterij reus, & aliorum criminum non potest manumittere. 9. *ibid.*
 Æstimatio rei legatæ, quando facta est legatarij post legatum, an danda sit ipsi, & quando. 12. 15
 Æstimatio rei traditæ an ipso jure faciat venditionem. 2. 141
 Æstimatio servi diversa res est ab ipso servo, eaque propriè contractum facit. 3. *ibid.*
 Æstimatio rei an sit vera venditio. 9. 228.
 Ædificium soli accessio est, etque cedit. 1. 252
 ex Ædificio detracta quare sunt ædificij. 4. 336
 Æquitas idem potest operari quàm conventio ipsa. 18. 130.
 Æquum & bonum incertum est 7. 233. 12. 244. 1. 265
 Æs alienum deducitur ante deductionem Falcidiæ 1. 397.
 Ætas perfecta quare sit. 5. 376
 Ætas quæ in *l. 16. De jur. Eris.* iusta appellatur, Hieronym. Oroz, de *Apicib. Jur. Civil.*

quæ sit? *ibid.*
 Affectus & charitatis ratio circa personas habenda est. 4. 253
 Alienatio rerum omnium potest revocari recepta libertate. 23. 66
 Aliena res purè per damnationem legari non potest. 12. 15
 Alienum esse quid propriè dicatur. 7. 148
 An si aliena res purè per damnationem relicta, si alienetur, convalescat lepatum. 12. 15
 Aliud est dominum legem dicere rei suæ, aliud si bi. 5. 198
 Aliud pro alio petendo renunciatur naturali obligationi. 7. 126
 in Alternativa plus petit actor petendo rem specialem. 22. 282
 Amplius quàm se mel res mea esse nequit, sæpius tamen deberi potest. 3. 43
 Antichresis quod genus contractus sit. 9. 109
 An per antichresim possit probari pignoris venditio. *ibid.*
 Antecedens falsum facit falsam sequelam. 13. 64
 Antonij Fabri interpretatio ad *l. 3. §. 2. de jure F. sci* rejicitur. 34
 Antonij Fabri locus laudatur & explicatur. 19. 49
 Anton. Faber delet verbum *conditionales*, in *l. 4. D. de regul. Caton.* *ibid.*
 Anton. Fab. reprehenditur circa explicationem *l. 34 §. 10. D. de legat. 1.* 18. 86
 Anton. Fab. impugatur circa explicationem *l. 16 §. vult D. de legat. 1.* 22. 87
 Anton. Faber in explicatione *l. 1 §. 2. D. de rei vindicat.* non admittitur. 3. 112
 Anton. Fab. circa explicationem *l. 5. §. 3. D. de extraordin. cognit.* non admittitur 1. per tot. cap. 115
 Anton. Faber quia credidit dari simul conditionem & actionem præscriptis verbis ex contractibus innominatis, refutatur. 2. & seqq. 124
 Anton. Fabri sententia dicentis conditionem posse concurrere cum actione præscriptis verbis, refutatur. 2. 204
 Anton. Fabri emendatio ad *l. 6. C. de rer. permutat.* non improbat. 4. 125
 Antonij Fabri sententia circa conventionem, *facio ut des*, probatur. 2. 124
 Anton. Fabri sensus circa conventionem *facio ut facias*, reprobatur. *ibid.*
 Anton. Fab. emendatio ad *l. 8. D. de præsc. verb.* rejicitur. 8. 143
 Aquæ & ignis interdictio sublata fuit per deportationem. 11. 119
 Aquæ & ignis interdictio & deportatio nunquam simul stiterunt. *ibid.*
 Aquæ & ignis interdictio nunquam potuit adimi libertas. *ibid.*
 Aquæ & ignis interdictio pœna capitalis erat 11. 119
 Aquæ & ignis interdictio fuit voluntaria civitatis amissio. 12. 120
 Area usufructu legato, insula ædificata, deinde testatore vivente diruta, debetur usufructus. 6. 14
 Arbitrium viri boni conditionaliter sumptum facit conditionem. 14. 151
 Arbitrium in contractibus diversimodè ac in ultimis voluntatibus servatur. 15. *ibid.*
 in Arbitrium tertij si precium emptionis ponatur, fit emptio conditionalis. *ibid.*
 Arbitrium domini venditoris differt ab arbitrio alterius. 16. *ibid.*

Index Rerum,

Arbitrium expressum in contractibus ad arbitrium boni viri reducitur per doli mali iudicium ibid.
 Arbitrium extranei conditionalem facit contractum, scilicet arbitrium contrahentium. ibidem.
 Arbitrium tacitum conditionem facit, & moram adjicit contractui. ibid.
 Arbitrium boni viri semper certum est 27.155
 Argenti vivi definitio. 2.200
 Argumentandi modus pessimus est ab exitu causæ ad ipsam causam. 10.45
 Argumentum à contrario sensu valet in jure 8.53.
 Argumentum sit de contractibus nominatis ad innominatos. 30.131
 Argumentum de majori ad minus valet. 1.167
 Argumentum à sufficienti partium enumeratione probatur. 16.399
 Artificis obligatio est pars artificij, & in culpa est qui ignorat quæ artificij sunt. 19.366
 Artifex qui non præstat diligentiam arti, vel ignorat quam præstat, in dolo est. 20.367

B

Artoli elegans observatio ad l. 13. §. fin. D. de Acquir. heredit. 24.24
 Benigniore interpretacionem sequi tutius est 10.83.
 Bella & captivitates jus gentium fecit, ut apud omnes reciperetur. 11.104
 Bellorum & cæterorum jurium usus ab aliqua civitate necessariò cepit. ibid.
 Bella Regia quæ dicantur. 6.117
 Bona vacantia fiunt ea, quorum dominium non est, ubi continetur. 9.53
 Bona defuncti statim ab adita hereditate fiunt patrimonium hæredis. 12.394
 Bona fides est bene agi quod inter contrahentes bene convenit. 6.242
 Bonæ fidei possessor & dominus æquiparantur, & fructuario præferuntur. 13.176
 Bonæ fidei possessionis definitio. 16.299
 Bonæ fidei possessor sumptus petit, etsi nulli sunt fructus. 2.103
 Bonæ fidei possessor omnes fructus indistinctè suos facit. & 6.43
 Bonæ fidei possessor re evictâ fructus naturales consumptos an debeat restituere? ibid.
 Bonæ fidei possessor plus juris habet quàm fructuarius. ibid.
 Bonæ fidei possessor post motam litem an fructus naturales tantùm restituat. 13.307
 Bonæ fidei possessor in precium fundi evicta re restituitur, & à quo. 10. ibid.
 Bonorum possessio contra tabulas rescindit testamentum. 13.21
 Bonorum possessio liberti pertinet etiam ad filios manumissoris. 14. ibid.
 Bonorum possessio accepta tollit memoriam emancipationis 20.23
 In Bonorum possessione unde cognati attenditur sola cognatio. 2.116
 Bonorum possessio unde cognati quare deprobrato non detur ibid.
 Bonorum possessio quid sit, & an pertineat ad tractatum de acquirend. possess. 4.301
 Bonorum possessio an rectè dividatur in decretalem & ædictalem. 4. & seqq. ibid.
 Bonorum possessio decretalis quid sit, & in quo ab

ædictali differat. ibid.
 Bonorum possessionis ædictalis definitio. 6. ibid.
 Bonum & æquum non potest defini in universum. 1.200
 Joan. Borcholten ex bona fide sequitur semper sententias Cuiacij.

C

Capere non videtur qui restitutus est. 5.33
 Capito principatum juris tempore Labeonis obtinuit. 13.320
 Casus fortuitos nemo præstat. 5.362.18.37
 Cato multos libros scripsit. 11.1.1
 Cato in testimonium adducitur à variis Jurisconsultis. ibid.
 Cato Consulatum gessit cum Lucio Valerio.
 Cato suam interpretationem de regula Catonia regulam appellavit. 2.13
 De Catone tam patre quàm filio plura remissivè.
 A Catone usque ad Julium Cæsarem spatium 200 ferè annorum mediavit. 15.54
 Catonianæ regulæ tractatus in Pandectis
 Ejus tractatus commendatio.
 Catoniana regula quid constituerit. 3.3
 Catonianæ regulæ introducendæ ratio. ibid.
 Catoniana regula statim quo perficitur scriptura testamenti, fingit testatorem decepsisse, & hereditatem hæredi, & legatum legatario deferri 4.4.
 Catoniana regula non pertinet ad legatum relictum incapaci ob legem Papiam. ibid.
 Catonianâ regulâ quæ legata improbantur 17.7.6.139.
 Catoniana regula an necessitate, an vero ex abundantia fuerit introducta. 1. & 34.12
 Catoniana regula in aliquibus legibus adhibetur cum interpretatione juris antiqui. 2.13
 Catoniana regula an introduxerit aliquid speciale 3.13.
 Catoniana regula facit ne media tempora nocerent. ibid.
 Catoniana regula eodem impedimento est rebus ac personis. 5.13
 Catoniana regula non habet locum in contractibus. 7.14.40.93.37.136.6.77
 Catonia regula non pertinet ad conditionalia legata. ibid. n. 12.5.33.32.69
 Catoniana regula non improbat legatum filio relictum in testamento quo pater hæres institutus est. 2.30
 Circa Cæonianam an detur differentia inter filiumfamilias & servum? 1.18
 Catoniana regula pertinet ad legata pura 1.32
 Catoniana regula non pertinet ad legata utilita, vel inutilita per novas leges. 2. ibid.
 Catoniana regula pertinet ad legata inutilita propter legatarij incapacitatem. 6.34
 Catoniana regula non pertinet ad legata, quorum dies cedit post aditam hereditatem. 26.40
 Catoniana regula pertinet ad libertates. 1. per tot. cap. 60
 Catoniana regula an pertineat ad hereditates 1. per tot. 15.11.
 Catonia regula impossibile est, ut possit ad hereditates pertinere. 5.52
 De Catoniana regula malè concipitur quæstio, an pertineat ab hereditates. ibid.
 In Catoniana regula quæstio hæc sic concipienda est, an regula Catoniana pertineat ad institutio-

& Verborum.

nes heredum? 6.93
 Catoniana regula pertinet ad puras institutiones heredum. 8. & seqq. 53
 Catoniana regula non pertinet ad hereditates. ibid.
 Catoniana regula operatur eo instanti quo perficitur scriptura testamenti. 7.53
 Catoniana regula non pertinet ad successiones ab intestato. ibid.
 Catoniana regula an sit de numero regularum juris antiqui? 15.54
 Catoniana regula opponitur ipsi scripturæ testamenti. 24.57
 Catoniana non pertinet ad legata data servo, cui relinquatur libertas sub conditione. 2.52
 Catoniana regula non pertinet ad institutiones hoc modo relictas. ibid.
 Catonianam regulam necessarij juris esse an defendi possit? ibid.
 Catonianam regulam non pertinere ad libertates, omnium interpretum sententia est. 1.60
 Catoniana regula pertinet ad omnes libertates directas purè datas. 1. & seqq. ibid.
 Catoniana regula non pertinet ad libertates datas in fraudem creditorum. 3.61
 Catoniana regula nè pertineat ad novas leges, quid debeat observari? 4. ibid.
 à Catoniana provenit ut servus sit manumissoris tempore testamenti, & mortis. 16.64
 Catoniana regula solarespicit, utrumque tempus. ibid.
 Catonianam regulam non pertinere ad novas leges quomodo intelligatur? 18.65
 Catoniana regula non pertinet ad aliquas species libertatum. 19.161
 Catoniana regula ut posterior derogat legi 12. tab. 25.67
 Catoniana regula ipsam scripturam, qua relinquatur aliquid, respicit. 37.71
 Catoniana regula non pertinet ad fideicommissarias libertates. 46.75
 Catoniana regula non pertinet ad fideicommissa. ibid.
 Catoniana regula non pertinet ad hereditates legitimas. ibid.
 Catoniana regula pertinet ad tutelæ testamentarias. 1. per tot. cap. 76
 Catoniana regula facit nè servus alienus purè tutor dari possit. 5.77
 Catoniana regula an cum jure accrescendi stare possit? 1. per tot. cap. 81
 Catoniana regula in perpetuum improbat quod semel improbavit. 2. ibid.
 Catoniana regulæ, & juris accrescendi repugnantia ponderatur. 4.82
 Catoniana regula juri accrescendi nullatenus repugnare. 9.83
 Carbonianum edictum duobus concessum altero pubescente neutri perit. 10.338
 Causam domini sequuntur omnes utilitates, & commoda. 8.37
 Causa nunquam fuit sine suo effectu. 18.130
 Causæ definitio. 22
 Causa debet esse æqualis ad obligandum alterum. ibid.
 Causa faciendi non est sufficiens ad inducendam obligationem dandi. ibid.
 Hieronym. Oroz. de Apicib. Jur. Civil.

Causa quomodo accipiatur. 7.71
 Ob causam factam, & ob rem datum in causa test. 20.1
 Causa restringitur ad præteritum, & casum ob causam etiam falsam non reperitur. ibidem.
 Causa dandi est quoties ipso jure extinguitur obligatio. 3.225
 Cautio circa usumfructum duplex est. 61.5
 Cautio prima est earum rerum, quæ usi possunt. saluâ eorum substantiâ. ibid.
 Cautio ejus forma qualis sit? ibid.
 Cautio secunda est, quam senatus induxit in rebus, quæ usu consumuntur. 9159
 Cautio hujus forma refertur. ibid.
 Cautio hæc si præmittatur, dominus vindicare rem poterit, & eam retinere donec cautio præstetur. 6.160
 Cautio nem ipsam dominus poterit vindicare. ibid.
 Cautio hæc si non exacta fuerit, neque constantè usufructu convicta, quid statuendum sit? 8. ibid.
 Cautio hæc si Consulco omitteretur, qui statueretur? 10.161
 Cautio nem de judicio sibi effugiunt qui in urbe, vel in agro res soli possident. 3.280
 Caput cæsiumque duplex, unum naturale alterum civile. 12.120
 Capitis naturalis amissio dicitur ultimum supplicium. ibid.
 Cæcus quare magistratum non accipiat, & acceptum ante cæcitatem retineat? 9.338
 in Certaminibus defultoriis fuerint certa præmia victoris. 5.232
 Certum quid dicatur? 10.193
 Cessio quâ constituitur quis procurator in rem suam faciendi causam continet. 7.222
 Cessio actio extinguitur morte cedentis. ibid.
 Cessationis definitio, & an ea sine mora esse possit? 16.246
 Post cessationem quo tempore reus conveniri non possit? 12.264
 Civilis modus quis sit; & hæc de re plurâ antiquorum testimonia. 3. & seqq.
 Civitatibus an legari possit? 2.322
 Ciceronis locus quoad deportationem. 4.117
 Ciceronis locus quoad jus gentium. 10.103
 Ciceronis locus quoad aquæ, & ignis interdictionem. 12.119
 Colonus partiaris quis dicatur? 12.244
 Coloni partiarj natura qualis sit? 4.241
 Codicillis scripta perinde sunt ac scripta in testamento. 35.70
 Cognationis jura per deportationem an amittantur? 2.116
 Comissorja actio datur ob possessionem, & pro quo jure? 8.312
 in Commodato agi potest actione commodati, vel actione præscriptis verbis. 7.227
 Commodatarius an usum solum, an etiam possessionem habeat? 1.171
 Commodatarius levem, & levissimam culpam præstat. 5.362
 in Commodato quare exigatur exacta diligentia? 6. ibid. & 15.365
 Commodum, & periculum rei venditæ quare ante traditionem dicatur pertinere ad emptorem? 16.129
 Comparativum sæpè pro positivo sumitur. 13.61

Index Rerum,

Ex comparatione ad aliud quæque res sumit quod ex sua natura non habet. 10.171
 Compenfari actio utilis cum directa an possit? 6.253
 Compenfari cessa actio an possit post litis contestationem? 9.222
 Compenfatio fit ipso jure, & ubi ea est, qui totum petit, plus petit. 14.393
 Concubina patroni non potest esse alterius concubina. 2.361
 Concubinatum patroni potest liberta ex justa causa reculare. ibid.
 Concubina alterius qui non sit patronus, quomodo potest esse sine stupro cum sit liberta? ibidem.
 Concubina est loco uxoris, & ab ea solum dignitate differt. ibid.
 Concubinas duas, aut duas uxores, aut sponfas nemo habere potest. 2.361
 Concubinatum ingenuæ sine stupro esse non potest. 3. ibid.
 Concurrere realiter non possunt qui in rerum natura non sunt. 11.84
 Concurrere non possunt actiones, quarum una alteram tollit. 2.206
 Conditiones omnes habent esse à voluntate testatoris. 6.82
 Conditionis implendæ causâ datum an imputeretur in Falcidiam? 5. & 7.30
 Conditionalis dispositio deficiente conditione evanescit. 9.53
 Conditio, si *municipes jurassent*, an impossibilis fuerit? 4.323
 Conditio, si *non nupsit mulier*, remittitur mulieri, non collegatario. 1.347
 Conditionem, si *non nupsit*, lex remittit ob bonum publicum. 8.349
 Conditio, si *à filiis mater non discesserit*, an ex eventu adimpleri possit? 2.350
 Conditio, si *filios emancipaverit*, fuit frequens, 8.352
 Conditiones ineptæ reprobantur. 5.148
 Conditio hæc, si *Titius capitolium ascenderit*, non differt ab hac, si *Titius voluerit*. 8.149
 Conditionis eventus non facit testamentariam dispositionem alienæ voluntatis. ibid.
 Conditio, si *Titius voluerit*, idem operatur ac cæteræ conditiones. 8. & seq. 149
 In conditionibus primum locum obtinet voluntas testatoris. 9.149
 Conditio deseruit quicquid testator vult ut conditio sit. ibid.
 Conditiones in propria forma qua ponuntur, sunt implendæ. 15.151
 Conditio hæc, si *liberos habuerit*, quasi tam frequenter repertur scripta, quoties aliquid uxori legatur. 2.158
 Conditio in legatis an retrahatur ad tempus mortis testatoris? 16.176
 Conditione emancipationis relicto quare jure directo non valuit? 8.352
 In conditionibus non requiritur intervenisse conventionem, sed solum rei traditionem. 5. & 33. 125.135
 Conditio naturalis nascitur ex bono, & æquo. ibid.
 Conditio præsupponit conventionem non intervenisse. 5. & 6.115
 Conditio naturalis ex qua æquitate naturali nascitur? 6.126

Conditio naturalis delet tantum effectus jurisgentium. ibid.
 Conditio hæc quare dicatur naturalis? ibid.
 Conditio idem quod datur, repetitur. 6.126
 In conditionibus damnum vitare intenditur. ibidem.
 Conditio certi quid sit. 14.128
 Conditio dari potest in omnibus contractibus. 15.129
 Conditio potest res data sine distractione contractus? ibid.
 Conditio, & actio utilis ad distrahendum contractum differunt. 15.129
 Conditio, & actio utilis ad distrahendum contractum nihil operatur nisi oblitterato contractu. 16. ibid.
 Conditio datur ubi adest dissensus ad contrahendum. 33.135
 Dominum condicendo servum pœnitet de ejus manumissione. & seq. 138
 Conditio inest etiam actioni directæ. 5.139
 Conditio sola quare datur, in *lpen. D. de cond. caus. dat. cau. non sec.* 2.242
 Conditio datur quoties renunciatur contractui, & res data petitur sine lucro. ibid.
 Conditio quid, & actione præscriptis verbis quid petatur? ibid.
 Condicere rem suam nemo potest. 9.160
 Conditio utilis quando dicatur? 1.204
 Conditio utilis & actio præscriptis verbis non simul cedunt. 4. ibid.
 Conditio causa data causa non sequuta quare ratione nascatur? ibid.
 Quæstio, *Conditio hæc ex quo genere contractus nascatur?* ibid.
 Conditio naturalis multo magis datur ubi competit actio præscriptis verbis, non è contrâ. 6.105
 Conditio utilis non datur ubi competit actio præscriptis verbis, nisi huic prius renunciatur. 7. ibid.
 Conditio naturalis esse dici nequit, quia prius removeatur actio præscriptis verbis. 9.106
 Conditioes utiles omnes naturales sunt. ibidem.
 Conditio naturalis quando datur actio civilis, pro nullo habenda est. 16.208
 Conditio naturalis quare dicatur, cum nudo jure naturali res repeti non poterat. 17. ibidem.
 Conditio naturalis delet jus gentium, & restituit rem ad nudum jus naturale. 3.213
 Ad conditionem non est necessaria conventio. 8.352
 Conditio naturalis fundamentum in jure naturali est. 4.213
 Conditio causa data causa non sequuta refunditur ut genus in omnes contractus. 5.214
 Conditio quare tribuatur juri naturalis, in *l. 25. D. de præsc. verb.* 13.388
 Conditio certi ex mutuo nihil addi, detrahique potest ex postfacto. 9.234
 Conditio omnis, qua certum petitur, est actio stricti juris, & quare? 7.242
 Conditio indebiti cui datur? 14.393
 Ex condemnatione rei oritur actori actio rei venditæ contrâ reum. 5.356
 Ex

& Verborum.

Ex Condemnatione, iniqua idem sit. ibid.
 Conductor ad longum tempus an pro simplici de- tentatore habeatur? 9.312
 Conduci res prohibens si successor fiat, quare remaneat in conductione? 9.338
 Conjunctis personis relicto legatum rei alienæ debetur etsi credat rem esse suam. 11.15
 Conjunctim legari & hæredes institui quid sit? 1.91
 Conjunctum solum patrem petit, donec careri repudient. ibid.
 Conjunctus quare dicatur vice unius personæ fungitur? 2.81
 Conjuncti singuli, impossibile est, ut solidum capiant. 10.83, 7.182
 In junctis nullus ordo scripturæ attenditur. 7.83
 6.169.
 Conjunctus qui capere non potest, quare partem faciat? 20.28. & seq. 87.90
 Conjuncti verbis tantum habent partes ab ipsa scriptura. 30.30
 Inter Conjunctos re, & verbis, & re tantum constituitur differentia. 36.92
 In Conjuncti re tantum prioritas & posterioritas observatur. 37.92
 In Conjunctis re, & verbis nulla prioritas & posterioritas servatur. 38.93
 Conjunctio verborum non habetur pro conjunctione quando partes sunt expressæ. 9.387
 Constitutum an extinguatur morte constituentis? 16.332
 Constitutiones Principum quare dicantur introductæ post vetustas leges. 32.9.183
 Constitutiones relatæ in §. 33. & §. 24. *Instit. de actionib.* quare non fuerint necessariae? 5.23
 381.
 Constitutio Divi Marci an pertinuerit ad servos venditos, ut manumitterentur. 5.1. per tot. cap. 138
 Constituit deinde D. Marcus, ut ipso jure isti servi manumitterentur. ibid.
 Quid si tempus non adjiciatur ad manumittendum? ibid.
 Constitutio D. Marci comprehendit omnes servos, pro quibus aliquid datum sit. 3.138
 Constitutio D. Marci locum habet in permutatione. 5.139
 Constitutioni D. Marci renunciare videtur qui agit actione præscriptis verbis. ibid.
 De Constitutione hac agentes plures Doctores confutantur. 6.139
 In contractibus contrahendis non traditur res, sed nascitur obligatio & actio ad illam consequendam. 11.45
 Contractus nihil aliud præstant in principio quam obligationes & actiones ad agendum. 12. ibid.
 Contractus purus statim producit obligationem. 7.14.
 Contractus, qui re perficiuntur, nullum requirunt consensum. 12.20.32. & seqq. 135
 Contractus isti ab ipsa traditione altius originem non habent. ibid.
 Contractus, qui consensu perficiuntur, pariunt obligationem ante rei traditionem. 20.38
 In Contractibus his retrahitur traditio ad initium conventionis. ibid.
 In Contractibus semper inspicitur eorum initium. ibid.
 In Contractibus qui re perficiuntur, omnia sunt diversa. 21.38
 Contractus naturæ ex post facto individualis est. 6.82

Contractus nulli consistunt sine mutuo contrahentium consensu. 19.106
 Contrahentium pacto non impeditur dominij translatio. 6.108
 Contractus est duplex, certus & incertus. 125
 4.191
 Contractus certus, simulque incertus qui sint. ibid.
 Contractus incertus loco nominis habet certam demonstrationem, qua cognoscitur esse contractum. ibid.
 Contractus incertus est directus sicut contractus certus. ibid.
 Ex contractibus incertis nascitur directa actio, & non utilis. ibid.
 Contractus innominatus debet esse ultro citroque obligatorius. ibid.
 Contractum non esse in *l. ult. D. de cond. caus. dat. cau. non sec.* probatur ex eo quod non datur actio præscriptis. ibid.
 In contractibus aliud pro alio datur. 6.34
 In contractibus plerumque lucrum captatur. ibid.
 In contractibus, qui consensu perficiuntur, initium computatur ab interventione consensus. 8.126
 In contractibus innominatis idem observatur. ibid.
 In contractibus incertis obligatio incipit à rei traditione. ibid.
 In contractibus omnibus necessariò præcedit conventio. ibid.
 Contractuum innominatorum genus quotuplex sit? 13.128
 Ut contractus innominatus constituatur, debet præcedere conventio. ibid.
 In contractibus his nascitur obligatio à rei traditione, & retrahitur ad tempus conventionis. ibid.
 In contractibus omnibus potest agi actione utili ad distrahendum contractum. 15.149
 Contractus bonæ fidei non permittit conventionem, ut emptor rem amitteret, & pretium venditor retineret. 16. ibid.
 De contractibus nominatis ad innominatos fit argumentum. 20.131
 In contractibus ex consensu obligatio unius est causa alterius obligandi. 21. ibid.
 In contractibus aliis datio unius est causa obligationis dandi alterius. ibid.
 Contractus incertus est bonæ fidei accipiens formam à conventionem. 27.135
 In contractibus incertis post secutam traditionem omnia computantur ex traditione. 28. ibid.
 In contractibus omnibus initium, non exitus spectatur. 16. ibid.
 6.141.
 Contractus *facio ut facias*, non potest adaptari legi *6. C. de transactionib.* 29.134
 Contractuum incertorum natura an incerta sit & ex lex. 13.134
 In Contractibus innominatis, & qui re perficiuntur, assignatur differentia. 32. & seqq. 135
 Contractus innominati non perficiuntur rei traditione. 35.136
 In Contractibus innominatis absque retrahitione obligationis conventio ad nihil deservire. ibid.
 Contractus incerti quare aliquando appellantur pacta? 35. ibid. 1.12.4
 Contractus qui non sunt consensu an aliquando pacta appellantur? ibid.
 In Contractibus certis conditionalibus sola opus est.

Index Rerum,

est de iurimiri. 36.136
 Ex contractu ne mo obligatur nisi propter suum
 consensum. 36.136
 Contractus innominati sunt veluti conditiona-
 les. 36.136
 Contractus non consistit, nisi contrahentes ne-
 cessitate adstringantur ad aliquid dandum, vel
 faciendum 7.148
 Contractus in quo differant ab ultimis voluntati-
 bus? 17.152
 Contractus quare dicatur perfectus esse post rem
 sequutam? 16.176
 Contractus sine conventionione nullus esse potest
 1.190.
 Contractus nomine speciali deficiente confugimus
 ad alias demonstrationes conventionis 5.191
 Contractus aliqui quare sint sine nomine, & aliqui
 ad proprium nomen transferunt? ibid.
 Contractus incertus quare dicatur proprius con-
 tractus? 6.192
 Contractuum incertorum plura nomina referun-
 tur. 7.192
 Contractus innominati tam realiter sunt contra-
 ctus quam nominati ibid.
 Contractus innominati quare dicuntur incerti?
 8.192.
 Contractus innominatus in sua propria specie est
 contractus certus. 9.192.
 In contractibus certis nascitur directa actio ex eo
 quod aperta est conventio, non ex eo quod nomina
 habent. ibid.
 Contractus certi antequam nominati fierent, pro-
 ducunt actionem ex sola conventionione ibid.
 Inter contractus nominatos & innominatos nulla
 juris differentia est. 10.193
 Contractus certi ab incertis differunt tantum mo-
 do demonstrationis. 11.193.
 Contractus incerti subsistunt perse non ad exem-
 plum certorum, & per se pariunt actionem
 ibid.
 Contractuum incertorum una & certa definitio
 omnes eos comprehendit 2.197
 In contractibus innominatis nihil incertum est
 præter nomen ibid.
 Contractibus nunquam potest deesse obligatio,
 nomen potest deesse ibid.
 Contractus rescindi potest actione utili illius con-
 tractus. 1.204
 In contractibus etiam absque illius rei sione agi
 potest actione utili ad repetendum ibid.
 In contractibus certis supponuntur ea ipsa, quæ in
 contractibus incertis 12.207
 Ex contribus aliis citius oritur obligatio quam
 ex permutatione 16.208
 In contractibus qui consensu perficiuntur, an inter-
 veniat permutatio ibid.
 Contractus incerti in quibus sunt similes contra-
 ctibus certis. 21. & 23.209
 Contractuum innominatorum genera dividuntur
 5 per tot. cap. 213.
 Contractus stricti juris etiam dolosi ipsimet valent &
 producant actionem. 4.251
 Contractus stricti juris neque opposita doli excep-
 tione sunt bonæ fidei. ibid.
 Qui contrahit, ob rem dat, non vero è contra 2.
 213.
 Contractuum nomen quare confundatur cum no-
 mine obligationis? ibid. & 4.168.
 Contractus in quo res ipsa redditur, minus pro-
 priæ contractus appellatur. ibid.

Contractus, in quo est obligatio ad petendum
 aliud, proprie dicitur contractus ibid.
 Contractus & quasi contractus quid sint? 4.213
 Contractus, *do ut des*, idem est ac contractus per-
 mutationis. 6.214
 Contractus certi & incerti quantum distent inter se
 7. ibid.
 Ex Contractibus incertis quando agi potest, &
 quando conditione naturali? ibid.
 Contractus incertus non fit quando ex parte unius
 geritur negotium. 142.16
 Contractus innominatos traditione perfici quid si-
 gnificet? 18.171
 In Contractibus qui consensu perficiuntur, evictio
 rei non sufficit ad distrahendum contractum ibid.
 Contractuum innominatorum an sit aliqua species,
 quæ non possit reduci ad quatuor genera contra-
 ctuum innominatorum quæ existant in l. 5. de *pres-
 cript. verb.* 7. 217. & 8.215.
 In Contractibus incertis an fieri possit distinctio
 scientiæ vel ignorantia? 11.228
 In Contractibus certis an agi possit actione furti,
 simulque actione contractus ibid.
 Contractus omnes ab initio conventionis consti-
 tuuntur, non ex post facto. 7.233
 Contractus forma regulariter ab initio statui debet
 8. ibid.
 De Contractu, *do ut facias*, 9. cap per tot. 240. &
 3.257.
 Contractus huius duplex differentia observatur 1.140
 Contractus incertus an constituatur, si quod datur
 ut fiat, non sit pecunia numerata. ibid.
 Contractus formæ conventionione contrahentium
 non possunt mutari. 5.241
 Contractus nominati ab innominatis non solum
 nomine, sed etiam substantia conventionis distin-
 guuntur. ibid.
 Ex Contractibus bonæ fidei ultro citroque obliga-
 tio nascitur. 7.142
 In Contractibus incertis nondum nascitur obliga-
 tio ex sola conventionione. 28.249
 De Contractu, *facio ut des*, 10. cap. per tot. 251
 Contractus an sit hoc genus conventionis *facio ut
 des*. ibid.
 De Contractu *facio ut facias*. 11. cap. per tot.
 Contractus esse duorum, vel plurium in idem pla-
 citum consensus. 6.254
 In Contractibus incertis quomodo & quando nas-
 catur obligatio? 3.258
 Contractus incerti an habeantur pro pactis nudis,
 dum causa non subsistit? 4. ibid.
 In Contractibus incertis obligatio retrahitur ad
 tempus conventionis. ibid.
 Contractus incertus omnis provenit ab una istarum
 conventionionum, *do ut des* *do ut facias* *facio ut fa-
 cias*. 5.259
 Contractus esse non potest ille, cui non covent
 definitio contractus. 6. ibid.
 Contractus quare dicantur introducti usu exigen-
 te, & humanis necessitatibus? 9.27
 Conventio de non distrahendo pignore an aliquid
 operetur? 10.110
 Conventiones quare dicantur esse jurisgenium?
 5.125. & 10.244.
 Conventio non intervenit in l. ult. D. de cond. cau.
 dat. cau. non fecit. 5.125
 Conventio etiam ejusdem rei reddendæ, quæ data
 est, efficitur contractus 6.126
 Conventio aliqua an detur, quæ non possit reduci
 ad quatuor genera, quæ continentur in l. 5. D.
 de *præ-*

& Verborum.

de *prescript. verb.* 8.255
 Conventio, quæ non parit obligationem, non est
 contractus. 6.251
 Conventiones inter vivos non sunt semper cer-
 tæ, neque semper pariunt actionem. 18.
 263
 In Conventionibus tota quæstio est, an causa sub-
 sistat? ibid.
 Conventio subintellecta an aliquo casu sufficiat
 ad faciendum contractum? 5.108
 Conventio de reddenda dote, & causa quæ sub-
 sistit, contractum faciunt in l. 10. Cod. de *pactis*,
 4.204
 Conventione interposita de reddenda ipsa re ab-
 que lucro fit contractus incertus. 18.109
 Conventione de alia re reddenda præcisè agitur
 actione præscriptis verbis. ibid.
 Conventio necessaria est ad petendum aliud pro
 alio. 3.213
 Conventiones omnes proveniunt à jure gentium,
 etiam si aliquæ non pariant actionem. 15.
 237
 Conventio non est necessaria de eo, quod tacitè
 incit. 2.253
 Conventio si non præcedat datio ob rem, non est
 contractus. 8.126
 Conventio, *dabo ut des*, an sit contractus? 13.
 128
 Conventio, cui subsit causa, contractus est licet
 nomen non habeat. 22.131
 Conventio, *facio ut des*, quare non producat
 actionem civilem? 22. ibid. 10. cap. per
 tot. 250
 ex Conventione, *facio ut des*, an constituatur con-
 tractus. 23.132. 3.10. cap. per tot.
 250
 ex Conventione, *facio ut des*, quare detur actio de
 dolo? ibid.
 Conventio incepta à promissione dandi facit con-
 tractum, etiam si à faciendi incipiat adimpleri.
 26.133. 3.10. cap. per tot. 250.
 sine Conventione aliud pro alio peti non potest.
 35.136
 Conventio omnino dat formam contractui. ibi-
 dem.
 Conventio de re sua sibi danda quare non va-
 leant. ibid.
 Conventio quæ extitit in l. pen. D. de cond. cau. dat.
 cau. non fec. detegitur. 1.141
 Conventio illa fuit frequens, & vulgaris. ibi-
 dem.
 Conventio donec res sequatur, magis facti est,
 quam juris. 1.190
 Consumptione extinguitur dominium, & rei vin-
 dicatio. 9.160
 Creditor non dicitur, cui naturaliter debetur.
 26.155
 per Creditorem pignoratitium quid dominus reti-
 neat? 12.283
 Creditor Stichus, si alij creditori ejusdem succedat,
 habet duplicem actionem. 10.38
 Crimen nullum apud Romanos civitatis amissio-
 ne mulctabatur. 12.120
 inter Conjuges mutua charitas, & omnis vitæ
 communicatio esse creditur. 11.353
 Cujacii emendatio ad leg. 30. §. pen. D. ad leg. Falcid.
 refutatur. 8.11
 Cujacii emendatio ad leg. 16. §. 1. D. de condit. in-
 deb. refellitur.
 Cujacius injustè tollit in l. 1. §. 1. de usufructu. *accresce-*

verba, an altero repudiante. 17.8
 Cujacius falsè credidit regulam Catonianam non
 pertinere ad libertates. 1. & 2. 51. & 52
 Cujacii emendatio ad leg. 3. D. de regul. Caton.
 ibid.
 Cujacii sententia, & emendationes refelluntur.
 1.9.3. ibid.
 Cujacii error detegitur in explicando Ulpiano in
fragmentis, 2.2. §. 7. & seqq. 17.55
 Cujacius defenditur à reprehensione Antonij Fa-
 bri, & Osvaldi. 22. & seqq. 56
 Cujacius rejicitur in explicatione, l. 19. §. ult. de *pe-
 cul. legat.* 10.63
 Cujacius in explicatione *dict. §. fin. cum leg. seq. &
 leg. 7. de manumiss. refutatur.* 0.12. & seq.
 ibid.
 Cujacius laudatur in referenda specie l. 33. D. de
pænis. 32.69
 Cujacius dicens regulam Catonianam non perti-
 nere ad tutelæ, refutatur. 1-6
 Cujacius refutatur adhuc ejus ratione concessa.
 2. ibid.
 Cujacii sententia circa l. 53. de *extraord. cognit. ex-
 ornatur.* 2.18
 Cujacii sententia circa periculum rei venditæ re-
 jicitur. 19.129
 Cujacius Catonianam regulam extendens ad
 contractus, refutatur. 37.136
 Cujacius dicens actionem præscriptis verbis non
 nasci nisi ex contractu, reprehenditur. 6.
 198
 Cujacii scripta lib. 9. *observat.* 24. interpretantur.
 14.291
 Cui plus licet etiam quod minus est, licebit, non è
 contra 71.205. 3.381
 Cuiuslibet interest potius non solvere, quam solu-
 tum repetere. 2.220
 Cui datur actio, eidem multò magis dabitur exce-
 ptio. 28.396
 Culpæ divisio triplex. 1. & seqq. 36
 Culpæ lata an sit dolus? ibid.
 Culpam latiore dolum esse quomodo intelligen-
 tur? ibid.
 Culpæ latæ duas notas adducit Donellus. ibid.
 Culpæ levis definitio cum Donello traditur. ibi-
 dem.
 Culpæ mentione in jure facta, de qua culpa intel-
 ligendum sit? ibid.
 Culpæ species non dantur, sed tantum gradus.
 ibid.
 Culpæ species an magis aut minus faciat diversas?
 ibid.
 Culpæ lata quando dolo comparetur, & an in
 omnibus contractibus præstetur. 4.362
 Culpæ lata punitur ubicumque dolus coercetur.
 ibid.
 Ob culpam latam infamatur tutor, qui ob do-
 lum remotus infamaretur. ibid.
 In culpa levi quæ distinctio adhibeatur? 5.
 362
 Culpam levem creditor pignoratitius præstat, &
 casus fortuiti sunt periculo domini. ibi-
 dem.
 Culpæ latioris definitio traditur. 11.364
 Culpæ præstari potest ex conventionione in omnibus
 contractibus. 12. ibid.
 Culpæ levis, & levissimæ quæstio, in cujus homi-
 nis diligentia admittatur? 14.365
 Culpæ mentio, ubi commodum est commune, in-
 telligitur de levi; & diligentia mentio de exacta
 sumitur

Index Rerum,

sumitur.	15. ibid.	diminutio?	ibid.
Curator furiosi non potest facere nisi ea quæ ipse furiosus, si servus esset faceret.	3. 375	Deportatio sui natura non tollit libertatem.	6. 117
D			
D are significat dominium transfert.	15.	Deportatio ex sententia iudicis potest tollere libertatem.	ibid.
Dando sub pacto ut idem reddatur, non transfertur dominium.	ibid.	Deportatio, cui inungitur ademptio libertatis differt à simplici deportatione.	8. 118
Datio par causa est ad inducendam obligationem dandi vel faciendi.	22. 131	Deportatus, cui adimitur libertas, in integrum restitui posse speratur.	ibid.
Dationi factum inest, non è contrà.	ibid.	Deportatus qui sit servus, cuiusdam fiat.	9. 119
& 6. 221		Deportatus hic an sicut ceteri deportati habeat ea quæ juris gentium sunt.	ibid.
Dationes rerum à jure gentium esse cœperunt.	ibid.	Deportatio, quæ pertinet ad edictum, quod metus causa, qualis sit?	ibid.
ibid.		Deportatio, & aquæ, & ignis interdictio nunquam simul steterunt.	11. ibid.
Datio juris gentium directa est.	ibid.	Deportatio pœna capitis fuit.	ibid.
qui dat, an donat, vel non, positum est in animo ejus, qui dat, non ejus qui accipit.	32. 135	Deportatio fuit necessaria capitis diminutio.	5. 12. 120
Debitor an eligere possit, utrum det æstimationem, an ipsum servum.	7. 142	Deportatus ad peregrinitatem reducitur.	ibid.
Debitor in diem an differat à debitore conditionali.	3. 147	Deportato uno conjuge alterius non deportati affectione subitinetur matrimonium.	11. 313
in Debitoris potestate non potest esse an debeat.	23. 154	in Deposito quando præstentur usuræ.	7. 233
Debitor dicitur is solus à quo invito res exigi potest.	26. 155	Depositi, fines egredi contrahentes licet.	8. ibidem.
Debitor non tenetur præstare quod sine ejus dolo perierit.	8. 306	in Deposito quid prius quid posterius receptum fuerit?	ibid.
Debitor ex eo quod debitor sit, non amittit dominia rerum.	12. 388	Depositarius rem depositam contrectando deponentis possessionem intervertit.	6. 337
Debitum testatoris solvitur pro portionibus hæreditariis.	18. 48	Depositarius ad dolum solum præstandum tenetur.	5. 362
Debitum accipiens quare dicatur suum accipere?	3. 220	Derogare, quid significet.	6. 11. 7. 205
Debitori aliquid tempus indulgetur, in quo cessare dici non potest.	16. 146	Defultor quid sit.	5. 232
Dedititij, qui sint?	32. 71	Defultoriis equis Indi, & Mendi uti fuerit.	ibid.
Definitio omnis in jure periculosa est.	2. 200	Detentatoribus nudis dejectis quomodo subveniatur.	5. 311.
in Definitione exprimenda est differentia.	4. 272	Detentatores nudi si à domino molestentur, quæ remedia habeant.	ibid.
Defunctorum voluntates plenius interpretandæ sunt.	18. 263	Detentatores isti an implorare possint iudicis auxilium?	ibid.
Defuncti persona pro parte non potest repræsentari.	7. 83	Detentatores ab extraneis molestati quæ remedia habeant?	ibid.
Defunctum non possunt legatarij repræsentari.	ibid.	Detentatoribus istis an subveniatur ex cap. redemptive grande 3. quæst. 1.	ibid.
Delatio hæreditatis in filij, & servi persona consistit.	7. 11	Detentatores ante impletum tempus sui juris emptori.	9. 12.
Delegatio debitoris an datio sit?	5. 221	An idem contingat in possessoribus qui civiliter possident animo non domini.	ibid.
Delibatio quid significet?	6. 11	Detentatores nudi si spoliuntur, an facto suo recuperare possint suam detentationem.	11. ibid.
Delicta an pariant actionem præscriptis verbis?	1. 196	Dies certus non facit legatum conditionale.	5. 4
in Delictis factum, aut causa obligationis subest.	ibid.	Dies certus an possit conditionem facere?	ibid.
in Delictis materia obligationis formatur ex lege.	ibid.	Dies certus in usufructu legato non minus conditionem facit quàm incertus.	13. 276
Deportatione an libertas amittatur.	1. 115	difficilius inventum facilius tollitur, & è contrà.	8. & seqq. 257
Deportatus nihil juris naturalis Romæ retinere potest.	2. 116	Diligens supra modum naturæ hominum semper præstat exactissimam diligentiam.	12. 364
Deportatio naturalia jura quomodo corrumpat?	3. ibid.	in Diligenti juxta hunc modum non servatur contractuum differentia.	13. 365
circa Deportationem Ciceronis, & Ovidij loca deportationis quare in jure appelletur magna capitis diminutio?	ibid.	in Diligenti hujuscemodi an observetur differentia levis, & levissimæ culpæ?	ibid.
circa Deportationem Ciceronis, & Ovidij loca.	4. ibid.	Dionysij Alicarnas. locus quoad potestatem parentum erga filios.	4. 112
Deportatio quare in jure appelletur magna capitis			Dice

& Verborum.

Directum omne potest conferri conditionaliter in alienam voluntatem.	30. 156	re servum.	6. 35
Directi nihil conferri potest in alienam voluntatem liberam, & absolutam.	ibid.	Dominus unius nemo his esse potest.	13. 36
Directum dicitur quod nascitur ex suo principio sicut ex verbis ipsis, & non eorum mente.	13. 194	Dominus etli inops jus manumittendi habet.	4. 61
Dissimilitudines propter utilitatem sequuntur.	8. 19	Dominus rei potest omisso primo fure petere à secundo rem furatam.	4. 98
Disiuncta pro conjunctis sæpè accipiuntur.	7. 126	Dominus mortui servi an possit exceptione removere eum, qui pecuniam condicit.	20. 131
inter Disiunctos aliquis ordo scripturæ servatur.	16. 85	Dominus invitur non potest servo suo privari.	10. 144
Discedere à lite causam faciendi, & non faciendi continet.	5. 259	Dominus quisque in re sua habet quod plus est quàm usufructus.	5. 159
Discessio à lite consistit in non faciendo in non litigando.	7. ibid.	Dominus unius rei amplius quàm semel nemo esse potest.	5. 288
Dissolvuntur omnia eo actu in contrarium actu, quo colligata erant.	5. 136	Dominus unius rei duo neque esse, neque intelligi possunt.	7. 305
Dispositio quæ confertur in alienam voluntatem, non potest esse nostra.	3. 147	Dominus qualiter quis potest esse, & non intelligi, & non esse & intelligi.	ibid.
Dispositionem in tacitam voluntatem alterius conferri posse ex interpretibus docetur.	6. 148	Donatio facta filiae per patrem non valet.	36. 27
De divisione bonorum facta à patre inter filios, non datur actio, quæ habeatur loco hæreditariarum actionum.	4. 197	Donatio olim non fiebat absque rei traditione.	13. 46
Doli ratiõne agi potest actione exempto antequam res vendita evincatur.	5. 255	Donans statim vult accipientis fieri quod donat.	ibid.
Doli actio rectè incepta durat & post evictionem.	ibid.	Donatio inter virum & uxorem est prohibita.	37. 28
Dolum præstat, & qui nihil accipit.	5. 362	Donator non tenetur de evictione.	24. 39
Dolo defimens possidere tenetur præstare ad exhibendum.	1. 141	Donatoris promissio per se non producit actionem, sed ex comparatione ad emptionem, & venditionem.	8. 45
Dominium semel acquisitum præstat jus perpetuum.	20. 23	Donatio ab uno domino facta servo communi non valet pro parte donantis.	19. 55
Dominia, & obligationes rerum perpetua sunt.	10. 53	In donationibus quare spectetur traditionis tempus.	36. 136
Dominij causa non est ipsum dominium, sed inest dominio.	17. 130	Donationem contractum esse falso affirmat.	17. & 18. 152. 8. 255. & 13. 46
Dominij causa, & dominium quid sit.	ibid.	Donatio hæreditatis mera donatio esse non potest.	3. 197
Dominio rei propriæ inest etiam usufructus.	5. 159	Donationis promissio hodie non producit actionem ex se, sed ex comparatione ad emptionem, & venditionem.	16. 47
Dominij causa perpetua est, nec nisi semel vindicatur, aut legatur.	10. 175	ex Donatione mera non potest oriri actio.	3. 197
Dominium rei pro derelicto habitæ an statim amittatur?	4. 181	per Donationem hæreditatis quod genus contractus constituatur?	5. 198
Dominium non producit actionem nisi ei domino qui non possidet.	14. 262	in Donatione causâ mortis geritur negotium.	2. 213
Dominium per possessionem acquiritur, & non aliter.	1. 310	in Donatione sub modo quare inspicatur tempus rei secutæ?	14. 216
Dominij translatio an à traditione rei altius esse possit.	ibid.	Donatio neque hodie indiget mutuo consensu ut perficiatur.	8. 255
Dominium totius rei pro indiviso esse debet.	2. 316	Donator neque ex stipulatione tenetur de evictione.	ibid.
Dominium quod juris est, nullo subsistente domino durare fingitur.	8. 324	Donatur solum id quod donatarij fieri potest. ibidem.	
Dominium non potest contingere nisi ex una causâ.	4. 342	Donatio inter conjuges quando probetur aut inprobetur?	14. 298. 5. 304
Dominium ipso jure transit ad hæredem vel legatarium, possessio neutiquam.	9. 344	Donatio fructuum, & usurarum inter conjuges facta an valeat?	14. 298. 5. 304
Dominia rerum sicut cetera jura, morte amittuntur.	1. 368	Donatio hæc an valeat si donator non fiat pauperior, licet donatarius locupletetur.	5. ibidem.
Dominium rei, quæ uni ex dominis acquiri non potest, per servum communem alteri acquiritur.	3. 385	Donatio ut prohibita sit, condonator in re sua debet fieri pauperior.	ibid.
Dominij potestas à quo jure gentium provenerit?	6. 405	Donatio possessionis an esse possit?	ibid.
Dominus, & servus non possunt haberi pro eadem persona.	5. 18	Donationis inter conjuges prohibitio an contineat futuros proventus?	ibid.
Dominus reus alicujus criminis potest manumittere.		Donel, & Osuvald. reprehenduntur circa juramentum operatum doni, aut muneris.	3. 162
		Dos olim verbis solemnibus constituebatur.	ibid.

Index Rerum,

Dotis dationis antiquæ exempla referuntur. *ibidem.*
 De dotis datione idem quod de precario statuitur. 15.195
 Dotis datio appellatur contractus. *ibidem.*
 Dos à patre data differt à dote per extraneum constituta. 11.207
 Dos adventitia quæ sit? *ibidem.*
 Dos adventitia cedit lucro mulieris post solum matrimonium. *ibidem.*
 Hujus rei exempla traduntur. *ibidem.*
 Dos recepticia quæ dicatur? *ibidem.*
 In Dote à patre data cum pactio de ea reddenda quare non detur actio præscriptis verbis? 12. *ibidem.*
 Dos data à patre sine ea conventionis etiam reddenda est. *ibidem.*
 Dotis repetitionem dari quare dicatur *in l. 16. D. ad S. C. Macedon.* *ibidem.*
 In Dote adventitia pactio de reddenda dote producit actionem præscriptis verbis. 13. *ibidem.*
 Dotis dationem quare dicatur naturalem habere præstationem? 18.209
 Dos marito data à muliere quare durante matrimonio dicatur mulieris esse? *ibidem.*
 Duæ causæ lucrativæ concurrere non possunt. 24.39
 Duo insolidum unius rei domini esse non possunt. 12.63
 Duobus proferentibus duo testamenta eodem die confecta, præfertur hæres qui possessor inventur. 12.313
 Duæ si intendant de principatu vasallus omniæ præstat possessori. *ibidem.*
 In Dubio sequi debet quod minimum est. 14.216

E

E Mancipatio olim fiebat per veras venditiones. 19. & seq. 178
 post Emancipationem inter patrem, & filium servatur nomen patris, & filij. 20. *ibidem.*
 per Emancipationem inspecto juri civili etiam pietatis vinculum dissolvitur. 11.407
 post Emancipationem inspecto jure naturali filius permanet, & vinculum pietatis durat. *ibidem.*
 Emptione, & venditione, celebrata ante traditionem rei dominium est venditori. 13.36
 Emptio, & venditio quare non est in specie *in l. ult. D. de cond. caus. dat. cau.* 2.124
 9. cum seq. 127.
 Emptio, & venditio an esse possit ubi non convenit de pretio. *ibidem.*
 in Emptione, & venditione datur conditio, si res data tantum, & non amplius repetatur. 15.129
 Emptio, & venditio non potest ipso jure revocari, secus ex æquitate. 16. *ibidem.*
 Emptio, & venditio quare dicatur magis facti esse quam juris? *ibidem.*
 Emptionis portio quare dicatur *in dist. 1. ultim.* *ibidem.*
 Emptio perfecta quando dicatur. 17.130
 Emptio, & venditio ex conventionis quando dicitur perfecta? *ibidem.*
 Emptio, & venditio nunquam fuisse videntur, si aliquando merx non fuisset tradita. 18. *ibidem.*
 Emptio, & venditio facilius revocantur ante tradi-

tionem mercis quam postea. *ibidem.*
 Emptio, & venditio an potuerint olim conferri in alienam voluntatem? 2.147
 Emptio sit conditionalis si relinquatur pretium in arbitrium alterius. 15.151
 De venditionis validitate an aliquando dubitatum fuerit quando pretij constitutio confertur in arbitrium alienum? *ibidem.*
 Emptioni omni, & venditioni inest etiam permutatio. 5. & 8.214
 Emptio, & venditio de re aliena esse potest. 8. & 10. *ibidem.* & 215
 ut Emptio, & venditio valeat, quare precium accipientis fieri debeat, & merx non item. 11. *ibidem.*
 Emptio an possit constitui; si loco pecuniæ numerata aliud subrogetur? 15. & 21. *ibidem.* & 216.
 Emptio rei alienæ valet etsi emptor sciat rem quam emit, alienam esse. 11.297
 Emptio ut iusta sit, sufficit bona fides tempore quod res traditur. *ibidem.*
 Emptio, & venditio actioni inest etiam actio præscriptis verbis. 24.226
 Emptor, & venditor non possunt expressè pœnitere de contractu. 16.129
 Emptori datur conditio causa data, si res vendita apud venditorem, sine dolo perierit. *ibidem.*
 Emphyteuta sibi subque nomine civiliter possidet. 2.275
 Emphyteuta constituendo alium emphyteutam aut uterque possideat? 8. & seq. 318
 Error iustus quis dicatur, & an ejus ratio habendi sit? 13.298
 Error in animo possidentis, & in corpore rei possessæ distinguitur. 2.428
 Evicta re quæ tradita est, an detur actio in factum, an actio præscriptis verbis? 17.217
 circa evictionem quæ differentia servetur inter contractus innominatos, & eos, qui consensu fiunt. 18. *ibidem.*
 Evictam rem qui dedit, postquam eam ab alio acceperat, potest pœnitere. 19.218
 Evictio, & manumissio non sunt modi finiendæ actionis ex empto. 5.134
 Exceptio nihil aliud est quam actionis exclusio. 1.172
 Exceptiones semper habent commoditatem possessionis. 1.262
 Ex eo quod decisum est quod majus est, plerumque Jurisconsulti decidunt quod majus est. 1.167
 Exceptiones omnes sunt facti, & ex æquo, & bono nascuntur. 8.394
 Excusationes aliquæ quare à suscepta tutela non excusent, & à suscipienda excusent? 9.338
 Ex æquo, & bono terminantur quæ extra testamenta incurrunt. 17.86
 post Exaurationem legatorum, & fideicommissorum reciproco nomine legata, & fideicommissa appellantur. 26.67
 Exhereditatio quare dicatur indignatio filij? 5.260
 Exhereditari hæres an habeat querelam eo casu, quo exhereditatus ipse si viveret, haberet? 10. *ibidem.*
 Existimatio in personis honestis vitæ æquiparatur 24.57
 Existimationis definitio. 1.115
 Existimatio ejus, qui pœnam status patitur, maiorem libertate minuitur. *ibidem.*
 Existi-

& Verborum.

Existimatio confumitur per magnam capitis diminutionem. *ibidem.*
 Existimatio falsa cedit veritati. 15.299
 in Expeditione esse qui intelligantur, 35.380
 Expressa nocent, non expressa non nocent. 52.2.9.4
 Exilij verbo tam deportatio quam relegatio continetur. 11.119
 de Extraordinariis judiciis remissive. 23.382

F

F Actum non est idonea causa ad producendam obligationem dandi. 21.131
 Factum minus est quam datio 22. *ibidem.*
 Facta in nudo jure naturali remanserunt. *ibidem.*
 Facta pro datione libentur quando alicui utilitatem afferunt, *ibidem.*
 De factis nulla certa æstimatio esse potest, de rebus ipsis potest. 21. *ibidem.*
 Facta formali pretio æstimantur, & quid sit pretium formale. *ibidem.*
 Facta pro infectis haberi nequeunt, & quomodo restituantur. 23.133
 In factis non initium, sed singula momenta inspicuntur. 14.176
 Factum unius tantum personæ est: conventio saltem duorum esse debet. 1.190
 In factis quæ non sunt maleficia, ex facto unius actio dari potest. 3.197
 Facti quæstio vix potest definiri in singulis articulis. 1.200
 In factis habenda est ratio longioris spatij 18.26.
 Facta quædam necessariam habent interpellationem. *ibidem.*
 Factum unius in contractu facio ut facias, per causa est ad obligandum alterum ut faciat 1.252.
 Facta duo in eadem re simul dari non possunt 1.316.
 Eorum quæ facti sunt, neque definitio, neque certum principium dari potest. 18.246
 Facta nunquam retrahuntur, & in his singula momenta attenduntur. 8.394
 Falcidia lex, vide *lex falcidia*
 Falcidiæ deducendæ ratio, 27.99
 Familiæ circundæ judicio non restituitur cohæredi quod pro se agens impensus erat? 3.248
 Familiarum dignitas per naturales conjunctiones non potest conservari. 3.404
 Fictiones juris quomodo imitentur naturam? 4.18.
 Fictio identitatis patris & filij aliquando cessat ob utilitatem filij. 8.19
 De fictione brevis manus, & unde ea originem habuerit. 1.231
 Fictio brevis manus an fungi possit *in l. 19. D. de præscript. verb.* *ibidem.*
 Fictiones duæ de eadem re concurrere non possunt. 7.330
 Fictione evacuata omnia regulantur ex veritate. 10.83
 Fideicommissa relinquere possunt à substituto: 14.7
 Fidei ejus cui nihil relinquatur, committi non potest. *ibidem.*
 Fidei ejus cui inutiliter legatur, committi non potest. 4.33
 Fideicommissa nulla esse quomodo intelligatur 15.47.
Asteronym Orax, de Apicib; Jar. Civila

Fideicommissum debiti puri creditori relictum nullum est. *ibidem.*
 Fideicommissum debiti puri distinguitur à legato debiti puri: 15. & 16. *ibidem.*
 Fideicommissa in suo principio non produxerunt actionem. *ibidem.*
 Fideicommissa non ex se, sed ex comparatione ad legata producant actionem. *ibidem.*
 Fideicommissa ex necessitate legatis comparata fuerunt. *ibidem.*
 Fideicommissi ad legatum comparatio cessat, ubi non est necessitas comparandi. *ibidem.*
 Fideicommissi potest ab omni legatario, cui aliquid datur. 19.48
 Fideicommissi potest ab eo, cui nihil admittitur, cum possit admitti. *ibidem.* 20.15.155
 Fideicommissi non potest nisi ab eo, qui accipit verum commodum. *ibidem.*
 De fideicommissis sit argumentum ad legata: eorum ratio differentia. 6.159
 Fideicommissa legandi verbo *in l. 12. tab.* non fuerunt comprehensa. *ibidem.*
 Fideicommissa quare relinquebantur quibus cumque verbis. 5.102
 Fideicommissi nomine regulariter non continentur legata. 24.154
 Quando agitur de his quæ sunt communia legatis & fideicommissis, reciproco nomine significantur. *ibidem.*
 Fideicommissi conditio in expressam hæredis voluntatem conferri potest. 25.155
 Fideicommissum præstare hæres olim compelli non poterat. *ibidem.*
 Fideicommissa antiquitas ex pietate debebantur. *ibidem.*
 Fideicommissorum ad legata æquiparatio introducta fuit, ut fideicommissis prodesset non verò ut noceret. *ibidem.*
 Fideicommissorum ad legata æquiparatio ubi fideicommissis nocet, habenda est pro non introducta. *ibidem.*
 Fideicommissorum ad legata æquiparatio non fecit, ut ea valerent, sed ut essent efficacia ad agendum. *ibidem.*
 Fideicommissi conditio nihil interest, an concipiatur, sic, si hæres voluerit, an sic, cum hæres voluerit. *ibidem.*
 Fideicommissum non debetur ergo non valet, non est recta consequentia. 26. *ibidem.*
 Inter fideicommissum, & fideicommissariam libertatem observatur differentia. 19.256
 Fideicommissariis libertatibus subvenitur ex S. C. Rubriano. *ibidem.*
 Fideicommissum omne conferri potest in hæredis voluntatem. 30. *ibidem.*
 Fideicommissorum actio neque bonæ fidei est, neque stricti juris. 10.145
 In fideicommissis quare inductum fuerit idem quod in bonæ fidei judiciis. *ibidem.*
 Fideicommissi verbis bona fides inest. *ibidem.*
 Fideicommissi verba mandati verba sunt. *ibidem.*
 In fideicommissis qualis sit testatoris voluntas, demonstratur. *ibidem.*
 Fideicommissi petitio quare non detur *in l. 2. C. de his quæ sub modo.* 14.262
 Fidei iussio antecedere, & subsequi principalem obligationem potest. 12.18
 Fidei iussio sequitur naturam principalis obligationis. *ibidem.*
 Fidei iussio.

Index Rerum,

Fidejussoria obligatio quando per filium patri non acquiratur. *ibid.*
 Fidejussio potest accedere naturali obligationi. 34.
 Fidejussori tenetur reus actione mandati. 35. *ibid.*
 Fidejussorium dare an contineat causam dandi an verò faciendi? 2. 220
 Fidejussor malè petit quod nondum solverit. 3. *ibid.*
 Fidejussorum se esse scribendo generaliter omnia solemniter acta intelliguntur. 12. 223
 Filiofamiliàs an legari possit patre hærede instituto? 2. 3. 1. 6. cap. pertot. 30
 Filiofamiliàs an fuerint capaces acquisitionis jure Digestorum? 1. & seq. 18
 Filiofamiliàs acquisitionis capaces fuisse est verior sententia. 3. *ibid.* & 9. & seq. 19
 Filius familiàs integram personam habet in civitate. 4. 18
 Filiusfamiliàs connumeratur in numero civium Romanorum. *ibid.*
 Filiusfamiliàs ex omnibus contractibus obligatur. *ibid.*
 Filius, & pater pro una persona habeantur. 4. & seq. *ibid.*
 Inter filium & servum differentia quædam observatur. 5. *ibid.* 3. 322
 Filij, & patris persona pro distinctis accipiuntur. 5. 18
 Filiusfamiliàs patri nolenti nunquam acquirat. 6. 19
 Filiofamiliàs acquirunt patribus volentibus vel ignorantibus, non verò invicis. 7. *ibid.*
 Filius quando ex stipulatione sibi acquirat? 10. 20
 Filius quando non competat S. C. Macedonianum. 12. *ibid.*
 Filiusfamiliàs non potest facere testamentum. 14. 21
 Filij patris manumissoris non admittuntur ad bonorum possessionem filij manumissi. *ibidem.*
 Filij bona quo jure occupat pater, & an ea, sola que ante emancipationem acquisivit filius, an etiam ea que post emancipationem acquisivit, sua pater faciat? 16. 22
 Filiusfamiliàs miles habetur pro patrefamiliàs. 17. *ibid.*
 Filiusfamiliàs per emancipationem sit patrefamiliàs *ibid.*
 Filiusfamiliàs miles intestatus non potest habere hæredem. *ibid.*
 Idem si decedat instituendo hæredem patrem, in cuius est potestate. 17. 22
 Filiusfamiliàs extra peculium Castrense patri volenti, vel ignorantibus acquirat. 22. 24
 Filiofamiliàs absolute sunt capaces sibi acquirendi. 27. 25
 Filiofamiliàs nunquam acquiruntur, si ex ejus acquisitione patri præjudicium sequitur. 35. 27
 Filiofamiliàs consentiente patre rectè manumittit servum peculij ei legati. 14. 64
 Filiofamiliàs, & servi in quo conveniant. 1. 111
 Filiusfamiliàs quando emancipatur, capite minuitur. *ibid.*
 Filiusfamiliàs non est in domino patris. *ibid.*
 Filiusfamiliàs omnium bonorum, & dignitatum particeps est. *ibid.*
 Filiusfamiliàs procurator esse potest. *ibid.*
 dem. *ibid.*

Filiusfamiliàs miles procurator esse nequit. *ibid.*
 Filiorum status sumitur à tempore conceptionis. 3. 116
 Filius emancipatus patri extraneus est. 18. 177
 Filij quare olim ob omnia scelera parentum puniebantur, & hodie inconcinnè læsæ Majestatis. 4. 351
 Filiusfamiliàs sine jussu patris non potest adire hæreditatem. 6. 3; 2.
 Filiofamiliàs non fuit data potestas testandi. 2. 369
 Filiusfamiliàs etiam consentiente patre nequit testari. *ibid.*
 Filiusfamiliàs quare non dederit *lex 12. tab. facultatem* testandi. 3. & seq. *ibid.*
 Filiofamiliàs an potuerint servare formam illam testandi *calatis comitiis*. 6. 370
 Filiusfamiliàs dum est in potestate patris familiam habere nequit. 7. *ibid.*
 Filius naturalis aut adoptivus non potest cogere patrem ad emancipandum. 9. 371
 Filij naturales, aut emancipatio ad patriam potestatem inviti non rediguntur. *ibid.*
 Filiusfamiliàs miles dum vivit ejus pater, nullum jus habet in peculio Castrense. 11. 372
 Filiusfamiliàs ex quocumque contractu sibi alios, & se aliis obligat. 10. 371
 Filij ex justis nuptiis procreati jure antiquo sicut nunc novo legitimi erant. 4. 376
 Filius jure antiquo nemo appellebatur nisi qui nascebatur ex justis nuptiis. *ibid.*
 Filiofamiliàs, & servi nihil sibi possidere possunt, & quare. 6. *ibid.*
 Filij olim parentibus suis plura acquirere non poterant. 18. 381
 Filiofamiliàs olim noxæ dari poterant. 24. 382
 Filiusfamiliàs in Castrense peculio habetur pro patrefamiliàs, & de eo testatur. 1. 400
 Filios intestato decedente peculium Castrense remanet apud patrem jure peculij. *ibid.*
 Filiofamiliàs quo genere matrimonij exhibent à patria potestate. 10. 405
 Fœnus nihil aliud est quàm pecuniæ locatio. 6. 233
 Formula in antiquis judiciis plus continebat concepta ex bona fide quàm ex stricta conventione. 6. 242
 Formula bonæ fidei quo modo concipiebatur, & quid contineret. *ibid.*
 Formula stricti iudicij quo modo concipiebatur, & quid contineret. 7. *ibid.*
 in Formula hac usque ad quem finem extendebatur iudicij cognitio. *ibid.*
 Fructus rei est, vel pignori dare licere. 26. 249
 Fructus fundi quo jure percipiuntur. 4. 8. 1
 Fructuum perceptio ex bona, vel mala fide derivatur. *ibid.*
 Fructus omnes restituit malæ fidei possessor. 2. 303
 Fructus dum à solo non separantur non sunt ejus qui jus percipiendi habet. 5. 304
 Fructus industriales quomodo absolute suos faciat bonæ fidei possessor. 8. 306
 Ad fructuum acquisitionem ex acquisitione operarum servis an fiat omnimoda æquiparatio. 10. 307
 Fructus fundi ex ipso fundo nascuntur, & pendentes ejus pars sunt. *ibid.*
 Fructuum nomine an veniant omnes rei proventus. 2. 342
 Furiosus nulla voluntas est. 13. 236
 Furiosus quare non possideat etiam rem teneat? 4. 272

Furiosus

& Verborum.

Furiosus, & infans sine tutoris autoritate incipere possidere non possunt. 5. 323
 Furiosus nullum animum, neque voluntatem habet. *ibid.*
 Furiosus absentis, ignorantis, & dormientis loco est. *ibid.*
 Furiosus quare non possit amittere possessionem? 6. 223
 Furiosus an latitare possit? *ibid.*
 Furiosus negotia facere non potest. *ibid.*
 Furiosus nec consentire, nec sentire potest. *ibid.*
 Furiosus autoritate curatoris an possessionem nancisci possit? 7. 524
 Furiosus à pupillo infante in quo differat. *ibid.*
 de Furibus, quis de his cognoscebat, & de eorum suppliciis. 9. 143
 Furari lucri faciendi causa, aut damni dandi gratia quid intersit. 2. 265
 Furtum committit quis accipiendo rem sciens alienam esse. 4. 98
 Furtum homo homini facere non poterat ante distinctionem dominiorum. 21. 178
 Furti nec manifesti definitio. 2. 200
 Furtum consistit ex animo, & contrectatione fraudulosa. 3. 7. 10. 3. 266
 Furti actio an sit certa an incerta? 12. 228
 Furtum an ex sola inficiatione committatur, in 4. 17. 9. 2. de præscript. verb. 11. *ibid.*
 Furtum in deposito non fit absque rei contrectatione. *ibid.*
 Furtum quarum rerum nomine fieri possit? 13. 319
 Furtum sine animo lucrandi an fieri possit? 2. 265
 Furtum committit accommodatarius rem in alios convertendo. *ibid.*
 Furi an permittatur impensarum deductio? 2. 303

G

A Non Gomez reprehensus à Retes defenditur. 4. 37
 Gabellarius tempore conventionis permutationis percipit gabellam etiam alius sit gabellarius tempore traditionis rei. *ibid.*
 Glandis nomine omnes fructus silvestres comprehenduntur. 6. 267

H

Habitatio neque jus est, neque res corporalis. 8. 227
 Habitatio concessa ad certum tempus, eo elapso qua actione recuperetur? *ibid.*
 Hæreditas est omnium legatorum maximum legatum. 1. 2. 1. 8. 164
 Hæreditas antequam deferatur ad nullum pertinere potest. 3. 4
 Hæreditatem legitimam qui accipit, nihil videtur à moriente accipere. 1. 2. 147
 Hæreditatem legitimam dare videtur qui noluit testari. *ibid.*
 Hæreditas jubente domino adita per servum domino acquiratur. 1. 9
 Hæreditas jubente domino per servum non adita an olim domino acquireretur? *ibid.*
 Hæreditas commoda, & incommoda continet. 5. 10
 Hæreditatis mera donatio esse non potest. 1. 3. 5. *ibid.* 319
 Hæreditatis nomen continet speciem contractus. 5. 10
 Hæreditas est genus omnium legatorum, à qua cetera legata delibantur. 6. 11
Hieronym. Orax, de Apicib. Jur. Civilis

Hæreditatis per servum, vel filium adita emolumentum tranlit ad eos, in quorum sunt potestate. 7. *ibid.*
 Hæreditatis aditio prius pendet à filij, & servi voluntate. *ibid.*
 Hæreditatem filius sine patre, & pater sine filio repudiare non possunt. 24. 24
 Hæredis institutio à principio rectè facta irritatur, si non adeatur hæreditas. 8. 45
 Hæreditas quomodo inducatur, & quare. 7. 5. 2. 400
 Hæreditas cum institutione hæredis non debet confundi. 8. 53
 Hæreditatis fictio statim à morte testatoris insurgit. 9. *ibid.*
 Hæreditas, & hæres representant personam defuncti. 17. 152. 2. 400
 Hæreditas viventis nulla datur. 11. 54
 Hæreditas conditionalis non est, neque de ea questio concipi potest. 2. *ibid.*
 Hæreditas non defertur ante impletam institutionis conditionem. 22. 56
 Hæreditas proprie non est quando pater instituitur in peculio Castrense. 42. 73
 ab Hæreditate quare separetur peculium Castrense in 1. 20. 5. 10. D. de hæred. petiti. *ibid.*
 Hæreditate non adita corrumpunt omnia in testamento scripta. 2. 76
 Hæreditatis natura ex postfacto individua est. 6. 82
 Hæreditatis, & hæredis persona induta sunt ut defunctum representent. 8. 83
 Hæreditas inter conjunctos à principio ante concurrere sum dividitur. 9. *ibid.*
 Hæreditas semel acquisita non potest repudiari. 13. 85
 Hæreditaria bona sunt de patrimonio hæredis post aditionem hæreditatis. *ibid.*
 Post hæreditatis repudiationem retroceditur eum neque à principio datum fuisse. 6. 164
 in Hæreditate legitima in suo hærede post abstentionem idem statuitur. *ibid.*
 post Hæreditatis aditionem retroceditur dominia rerum hæreditariarum hæredis fuisse à morte testatoris. 16. 176. 3. 400
 Hæreditatem nemo adit quin æri alieno obligetur. 16. 176
 Hæreditatis nomen juris est continens commoda, & incommoda. 5. 198. 10. 324
 Hæreditatis donatione constituitur contractus inominatus. 5. 198
 Hæreditatis una re apprehensa an ceteræ res possidentis videantur. 4. 99
 in Hæreditibus suis an ident observetur. *ibid.*
 Hæreditatis aditio non transfere possessionem rerum hæreditariarum. 6. 329
 in Hæreditate bonorum omnium testatoris dominia continuantur. 2. 400
 Hæridas non potest dici post aditionem nisi impropiè. 3. 400
 Hæreditas quæ nulla unquam fuit, regulariter restitui non potest. 4. 401
 Hæreditates quæ oriuntur ex peculio Castrense, quo jure creantur. 6. *ibid.*
 Hæredis institutio in tempus certum non potest conferri. 2. 6
 Hæres institutus filiofamiliàs, vel servus immediate est hæres à voluntate testatoris. 7. 198
 Hæres filij vel servi videtur pater, vel dominus. *ibid.*
 Hæres quare non possit esse testis in testamento? 4. 13
 Hæres in tempus capiendæ hæreditatis an restitui possit? N u 2

Index Rerum,

possit? 8. 34
 Heres non tenetur de eversione legato, & fidei-
 committario, 24. 39
 Heres aditionis facto comprobatur omnia scripta in
 testamento, 28. 68
 Heres pater in peculio Castrensi adiens non ac-
 quirat novum dominium, 41. 73
 Hærede instituto extraneo in peculio Castrensi fit
 hæreditas post aditionem, 42. ibid.
 Hæredes apud veteres pro dominis appellantur.
 7. 111
 Heres eadem persona cum defuncto esse creditur,
 17. 152
 in Hæredis voluntatem nihil directum conferri
 potest, 30. 236
 Heres qui semel est heres quare non desinat esse
 heres, 13. 176
 Hæredi regulariter licet quod licuit defuncto, 10.
 260
 Heres ex dolo defuncti an in solidum teneatur?
 17. 332
 Heres institutus ex institutione, & non ex substi-
 tutione potest adire hæreditatem, 6. 352
 Heres institutus pater an possit omnia institutio-
 ne filia, ibid.
 Heres aliquando non habet actionem ad quartam
 Falcidiam, 11. 394
 Homo novus neque lege, neque natura fieri po-
 test nisi per novam conjunctionem, 13. 66
 Hominum genus constitutum fuit singulis sive ho-
 minibus, sive gentibus, 10. 103
 Homines singulos natura distinxit, non nostra de-
 stinatio, 3. 162
 Homo tardius operatur quam lex, 18. 8
 Homo toties moritur quoties amittit suos, 5. 351
 Hominum natura in plurali quare dicatur in l. 32.
D. de positi, & aliis legib., 21. 367
 Hominis gratia in singulari quare dicatur in §. 37.
Instit. de rer. divis., ibid.
 Homines humiliores capite puniebantur, & etiam
 deportatione, 1. 375
 Homines honestiores relegationis poenâ punie-
 bantur, ibid.
 Hypotheca natura præter acceptilationem est, 10.
 222
 Hypotheca est de numero contractuum qui re-
 perciuntur, ibid.

I

Iactus missilium in vulgus an fecerat verat veram
 traditionem, 9. 377
Iactus missilium cum occupatione rei pro dere-
 licto habitæ quam similitudinem habeat?
 ibid.
 Ignoranti vel furioso domino per servum acquiri-
 tur legatum, 11. 6
 Ille cui prius rem Princeps concessit, præfertur
 ei, cui secundò concessit, etsi huic prius promissa
 ferat, 11. 312
 Id quod interest omnino facti est, 6. 226
 Id quod interest quomodo dupliciter concipiatur,
 4. 253
 Impensæ funerum æris alieni loco sunt, & omne
 aliud creditum præcedit, 1. 397
 De impensâ monumenti iure antiquo dubium fuit,
 2. ibid.
 Incapaces omnino distinguuntur à cæcibe, & orbo
 6. 34

Incertum onus simpliciter consistit æquum, &
 bonum, & quo modo id fiat certum, 7. 242
 Incapaces res an sint vinum, triticum, oleum, &
 similia? 8. 160
 Indebiti solutio, & quasi contractus, 4. 213
 Indebitum per errorem solvens habet animum di-
 strahendi, 6. 254
 Indebitum per errorem accipiens obligatur ex
 quasi contractu, ibid.
 Index non statim indicat, sed dicit se scire ubi ser-
 vus abscondatur, 26. 135
 Indicium quid significet, 24. 132
 Indicium quomodo promittatur? ibid.
 Inducta ad unum finem ad alium converti non
 possunt, 7. 254
 Injuria, vel culpæ nomen latissime patet, 3. 200
 Injuriarum actionem quare pater nomine filij eo
 invito instituens non possit? 9. 260
 Injuriarum actio dissimulatione, & renunciatione
 tollitur, ibid.
 Injuriarum actio etiam mota tollitur pacto aut
 transactione, 9. 260
 Injuriæ filio illatæ actione an pater suo nomine
 agere possit? ibid.
 Inter injuriarum actionem, & inofficiosi quærel-
 lam constituuntur differentie, 10. 260
 Injuriarum actio æqualiter pacto, & transactione
 tollitur ipso jure, ibid.
 Injuria omnis sive civiliter, sive criminaliter vindic-
 atur, 20. 381
 ut de Injuria civiliter agi possit, Severi decreto
 concessum fuit, ibid.
 Injuriarum actio civilis an ex ipso edicto prætoris
 sine rescripto Imperatoris poterat exerceri?
 ibid.
 Injuriarum actio privata est, ibid.
 De inofficioso testamento an agatur, in l. 1. §. fin. *D.*
si à parente quis manum., 13. 21
 Inofficiosi quærela antiquior est quam bonorum
 possessio contra tabulas, ibid.
 Inofficiosi quærela arcentur, quicumque habent
 quartam ex quacumque causa, ibid.
 Inofficiosi quærela non potest concurrere bono-
 rum possessione contra tabulas, 17. 22
 Inofficiosi testamenti quærela est quodam modo
 actio injuriarum, 9. 260
 Inofficiosi quærelam quare pater filij nomine in-
 vito filio instituere nequit? ibid.
 Inofficiosi quærela dissimulatione, & renunciatio-
 ne tollitur, ibid.
 Inofficiosi quærela etsi mota tollitur pacto aut
 transactione, ibid.
 Circa inofficiosi quærelam datur differentia inter
 pactum, & transactionem, 10. 260
 Regulariter illa differentia servatur in omnibus li-
 tibus, ibid.
 Institutione hæredis improbatæ per regulam Caro-
 nianam defferri hæreditas nequit, 18. 37
 Institutio hæredis potest esse conditionalis, non
 verò hæreditas, 12. 54
 De institutione hæredis, & non de hæreditate re-
 fere concipitur quæstio in l. 4. *D. de regul. Canon.*
 ibid.
 De institutione hæredis improbanda dum agitur,
 nihil de legatis curatur, 14. 54
 Institutione hæredum media tempora non no-
 cent, 16. 55
 De quali hæredis institutione accipi debeat l. pen.
D. de regul. jur.
 Institutio

& Verborum.

Institutio servi testatoris tempore Antonini ipso
 jure nulla erat, 24. 57
 Institutio hæredis rectè facta irritatur si non adea-
 tur hæreditas, 8. 45
 Instrumentum non est necessaria accessio fundi,
 3. 161.
 Interdicta unde vi, & unde possideatis non dantur nisi
 veris possessoribus, 10. 282. 2. 310
 Interdicta hæc non dantur nisi possessoribus soli,
 vel rei solo coherentis, 10. 282
 Interdicta hæc an aliquando dentur his, qui sibi
 non possident, 17. 285
 Interdictum momentarium quid sit? 1. 300
 Interdicta quæ possessoribus dantur, non compe-
 tunt nudis detentatoribus, 2. 310. 5. 317
 Interdicta directa dantur fructuario, usuario, &
 similibus, 3. 310
 Interdicta hæc quare coloni & similes non ha-
 beant? 3. & 4. 310. 311
 Interdictum non competit nudis detentatoribus,
 nisi id in edicto expressè caveatur, 4. 311
 Interdicta dantur pro rebus sacris, & religiosis,
 ibid.
 Interdictum de vi armata, seu de vi publica datur
 nudis detentatoribus, ibid.
 Interdictum unde possideatis datur ad tuendos posses-
 sores in sua possessione, 5. 317
 Interdictum rei absque mora debitoris extinguendi ob-
 ligatio, 18. 37
 Invito acquiri, vel invito aliquid fieri quando di-
 catur, 11. 6
 Invito domino extipulatione servi, vel aliâ causa
 quare acquiratur, ibid.
 Inscriptio de regula Catoniana in l. 4. §. ult. *D. de*
cast. pecul. solum reperitur, 38. 71
 Iustinianum S. C. quid statuat, & quando introdu-
 ctum fuit? 30. 68
 Iudicia omnia, in quibus certum patitur, stricta
 sunt, 72. 33. 7. 242
 In iudiciis antiquis iudex à formula discedere non
 poterat, 6. 242
 In iudiciis his formula illa data ex bona fide plus
 continebat quam data ex stricta conventione,
 ibid.
 In iudiciis ordinariis nulla actio exercetur nisi quæ
 sit bonæ fidei, vel stricti juris, 10. 243
 De iudiciis extraordinariis remissivè, 20. 381
 Iulianus laudatur in decisione leg. 8. *D. de usufr. an*
cref., 4. 168
 Iulianus ibi an aliquid de rigore juris accrescendi
 detraxerit, ibid.
 Iuramentum calumniæ an reis solis, an utrique li-
 tigatori præstetur, 26. 382
 Iuramentum hoc antiquitus in omnibus causis da-
 batur, ibid.
 Iura omnia tam Digestorum quam Codicis à Insti-
 tutione vim legis obtinuerunt, 28. 383
 De iure accrescendi, 1. per tot. cap. 81
 Ius accrescendi non datur nisi inter eos, quorum
 singulis solidum datur, 1.
 & 2. 8.
 De iure accrescendi plura iura adducuntur, 3. ibid.
 In iure accrescendi pars non adita accrescit parti
 quæ adita est, ibid.
 Ius accrescendi contingit invito, furdo, infanti, &
 furioso, ibid.
 Iuris accrescendi, & regulæ Catonianæ repugnan-
 tia ponderatur, 381.
 Iuris accrescendi definitio tractatur, 4. 82.
 Hieronym. Orde de Api ibi. *l. Civil.*

6. & seq. 182
 Ius accrescendi veluti quædam allusio est? 4. &
 14. 82. 85
 Ius accrescendi transit ad hæredem ejus qui partem
 suam adivit, ibid.
 Iuris accrescendi definitio à Cuiacio tradita, & ab
 aliis, reprobatur, 5. 82
 Iuris non decrescendi mentio nullajuris parte repe-
 ritur, 5. 82. 6. 182. 11. 378
 Ad jus accrescendi multi collegatarij seu cohæredes
 sunt necessarij, 5. 82
 Iuris accrescendi ratio formalis in quo consistat?
 ibid.
 Iuris accrescendi ratio etiam in contractibus locum
 habet, ibid.
 Iuris accrescendi ratio diversa est in hæreditate ac-
 in legatis, 7. 83
 Iuris accrescendi ratio quoad hæreditates traditur,
 ibid.
 Iuris accrescendi ratio in legatis, 8. 83
 Inter jus accrescendi, & regulam Catonianam nulla
 reperitur differentia, 9. ibid.
 Iuris accrescendi constituendi nova forma docetur,
 9. ibid. 7. & seq. 182
 Iuris accrescendi modus probatur, ex §. erat olim
instit. d. donat. oib., 10. 83
 Ius accrescendi quare appelletur modus acquirendi
 in dist. §. ibid.
 In iure accrescendi per redditum partium ad totum
 non constituitur novum totum, 17. 86
 Iure quasi postliminij multa ad pristinum statum
 restituntur, ibid.
 In iure accrescendi retrofringitur nunquam partes
 fuisse à suo toto separatas, ibid.
 Ius accrescendi an detur quando conjunctus vel
 incapax est, vel in rerum natura non est
 20. 87
 In iure accrescendi partes à principio divisæ esse de-
 bent, 24. 87
 Ius accrescendi non datur in legato damnationis
 32. 91
 Ius accrescendi quare in stipulationibus non detur
 33. ibid.
 Ius accrescendi an possit esse in legato damnationis
 si id testator caverit? 34. ibid.
 Ius accrescendi quare non detur in legato usus?
 53. 92
 Ius accrescendi non datur in servitutibus realibus,
 ibid.
 Ius accrescendi datur in legato usufructus, ibid.
 Ius non decrescendi an detur? 41. 94
 Ius accrescendi non dari inter quos sunt partes à
 principio quomodo intelligendum sit? 93. 83
 Ius accrescendi non datur inter legatarios, & hære-
 des, quibus non fuit datum prælegatum, 4.
 168
 Ius accrescendi inter matrem, & filios quare detur
 in specie leg. 8. *D. de usufr. accres.*, ibid.
 Ius accrescendi hoc quare non detur inter omnes
 legatarios? 5. 169
 ut Ius accrescendi detur, pars defecta debet acres-
 cere acquisitæ parti, 6. 182
 Ius accrescendi quare detur in servo communi ab
 uno ex dominis manumisso? 11. 378
 Iuris accrescendi regula in usufructu, 1. 384
 Ius accrescendi datur inter conjunctos quando
 usufructus conjunctim pluribus relinquitur,
 ibid.
 Ius accrescendi non datur quando parres usus-
 fructus
 N n 3

Index Rerum,

fractus, separati pluribus legentur 8. 386
 Iuriconsulti quare veteres appellentur? 3. 29
 Iuriconsulti an jus novum constituere potuerint? 2. 12
 Iuriconsultorum officium quale fuerit. ibid
 Iuriconsulti habuerunt auctoritatem condendi juris. 15. 54. 4. 369. 20. 381
 Iuriconsultorum ætatis observantia multa jura explicantur. 11. 63. 3. 231
 Iuriconsultorum posteriorum ad priores notæ. 11. 63. 3. 8. 2
 Iuriconsulti posteriores non potuerunt quod priores scripserant, & è contrà. 2. 1. 63
 Iuriconsultorum existimatio ab aliquorum calumniis vindicatur. 25. 133
 Iuriconsulti professi sunt Stoichorum disciplinam. 1. 367
 Iuriconsulti, & Prætores adjuvant, & suppleunt jus civile universum. 6. 201
 Iurisdictionis unus actus an reliquorum possessionem inducat. 3. & seq. 329
 Jus antiquum quid significet in l. 1. §. fin. D. si à par. quis manum. 14. & seq. 22
 Jus suum nemo concedit contrà se ipsum. 18. 55
 Jus paulatim crescere solitum est. 11. 63
 Jus magis jus est quanto certius est. 25. 67. 10. 103
 Juris civilis verba non potuerunt esse nisi Latina. 5. 102
 Jus civile quare priusquam jus gentium ponatur in l. 83 §. sacram. D. de verb. oblig. 10. & seq. 5
 Jus civile difficilius inductum, facilius tollitur quam jus naturale facilius inductum. 9. 357
 Ut jus gentium quid sit, non repugnat juris civilis fuisse. 7. 102
 Jus gentium fundamentum totum est jus civile ibid.
 Jus gentium nullum est quin prius fuerit jus civile 10. & 11. 103. 104
 Jus quod gentium est, raro appellatur jus civile ibid
 Jus gentium omnium gentium commune est. 11. 104
 Jus gentium non facile exprimi potest ex qua civitate prius inciperit. 12. ibid.
 Jus gentium facta semel, nomen juris civilis amittunt. ibid.
 Jus gentium quare dicitur prodidisse cum ipso genere humano? 14. 105. 9. 357
 Jus gentium non æstimatur à sola ratione naturali 15. 106
 Jus gentium semper inest jus civile. 16. ibid.
 Jus gentium antiquius jus quare non fuerit 6. 405
 Jus gentium quare appelletur jus naturale? ibidem.
 Jus naturali nihil est alteri principale, nihil accessio. 4. 163
 Jus naturale nisi adjuvetur à jure gentium est inutile ad reperendam rem datam. 4. 213
 Jus naturalis nulla conventio efficax esset, si jus gentium non dividisset dominia. ibid
 Jus naturale quare dicitur apud omnes observari? 9. 357
 Jus naturali nemo in alium vitæ jus habuit. 6. 405
 Jus naturale non omnis ratio naturalis conficit. 10. 407
 Jus publico, non possunt derogari pactioes privatorum. 9. 109

Iuri omni repugnat ut quis dominio rei suæ privetur. 5. 181
 Jus omne pro datione est. 4. 220
 Jus nunquam deficit, si probatio non deficiat. 10. 228
 Jus sicut cæteræ res paulatim crescit. 2. 231
 Jus omnibus constare præsumitur. 13. 298
 Iuri novo postquam satisfactum sit, omnia regulantur ex jure antiquo. 8. 349
 Jus omne ex ratione quâ inductum fuit, æstimatur. 4. 405
 Iustus domini præcedere debet, ut servus adeat hæreditatem. 1. & 5. 9. 10
 Iustus facti est, & non juris. 1. 9
 Iustus postremus populi l. 2. 1. tabul. jus rectum constituebat. 2. 32
 Iusturandum operarum doni, aut de muneris quomodo fiebat per libertum. 3. 101
 Iuris ignorantia in usucapionibus nemini prodest. 14. 298
 Iustinianus in multis Institutionum locis ob gloriæ cupiditatem sibi adrogat juris constitutum, quod ante eum per varios Consultos statutum erat. 1. per tot. cap. 180. 1. per tot. cap. 375
 Iustinianus quid in suis Institutionibus exponere voluerit. 12. 244
 Iustiniani honor in multis integer servatur. 2. 8. 83

Labeo ingenij sui fiduciâ multa innovavit 13. 310
 Labeo in multis se Augusto opposuit. ibid
 Labeo quid responderit decreto Senatus edito ad custodiendum Augustum. ibid.
 Legatum an domino invito acquiratur per servum 2. & 11. 36
 Legatum hæredis servo relictum, ipsi domino relictum videtur. ibid.
 Legatum extraneo tantum relinqui potest. ibid.
 Legata omnia ab hæreditate proficiuntur. 2. 3
 Legatum ad nullum pertinet antequam deferatur. 3. 4
 Legatum non defertur ante mortem testatoris. ibid.
 Legatum relictum incapaci ob legem Papiam non irritat regula Catoniana. 4. 4
 Legata ipsi hæredi, aut ejus servo purè relicta an veniant in contributionem. 5. 4
 Legata in diem relicta an veniant in contributionem? ibid.
 In Legatis an idem sit legati diem cedere, & dominium rei legatæ ad legatarium pertinere. 8. 5
 Legati per vindicationem dominium statim transit ad legatarium. 85. 48. 75. 8. 386
 Legatum invito vel furioso domino per servum acquiratur. 11. 6
 an Legati dominium, an personalis actio per servum domino acquiratur. 11. 6. 10. 387
 Legatum servo relictum domino invito non acquiratur. 12. 6
 Legatum servo relictum dominus potest repudiare 12. 6. 3. 306
 Legatum nostrum est nisi repudietur, ac si repudietur, retro creditur nostrum non fuisse. 12. 6
 Legatum servo relictum an domino ejus, an servo ipsi deferatur? 13. 7
 Legatum delatum plurimum differt ab acquisito legato. 15. 7
 Legati

& Verborum.

Legati per vindicationem dominium ipso jure transferunt ad legatarium. 15. & seq. ibid. 32. & seq. 91
 Legatario an detur rei vindicatio contra possessorem rei legatæ? ibid.
 Legatorum differentie antiquæ. ibid.
 Legatum non potest repudiari ante aditam hæreditatem. 18. 8
 Legatum relictum domino servi hæredis instituti, domino ipsi deferri & acquiri potest. n. 9
 Legatum quare promptius quàm hæreditas domino per servum acquiratur. 2. ibid.
 Legatum ex omni parte utile est. 3. 10
 Legatum, cujus nulla est utilitas, apud Iuriconsultos ridiculum appellatur. ibid.
 Legatum domino ignoranti, vel invito, vel furioso acquiratur per servum, vel invitum, vel ignorantem. ibid.
 in Legati definitione: quid significet verbum *quædam*. 7. 192
 Legati definitiones variæ in variis legibus. ibid.
 Et quare tam variæ definitiones reperiantur scriptæ 6. 201
 Legatum servo delatum recta via transit ad dominum. 8. 52
 Legatario his solis prodest cum quibus testamenti factio est. 3. 13
 Legatum ususfructus differt à legato servitutum realium. 8. 14
 Legato damnationis omnes res tam proprias quàm alienas testator legare potest. 11. 15
 Legatam rem alienam cogitur hæres redimere & eam legatario tradere. 11. 15. 15. 36
 Legatam rem si nolit dominus vendere, hæres tenetur præstare æstimationem. ibid.
 Legatum rei alienæ & etiam rei testatoris quando irritatur. 12. 15.
 Legatum relictum post mortem hæredis, vel legatarij antiquitus non valebat. 30. 26
 Legatum relictum in tempus mortis legatarij purum est. ibid.
 Legatum relictum in tempus mortis hæredis vel alterius conditionale est. ibid.
 Legatum filio relictum in testamento, quo pater instituitur hæres, valet. 2. 30
 Legatum patri relictum in testamento, quo filius instituitur, potest irritari. 5. ibid.
 Legatum domino relictum, quando servus instituitur irritari potest. ibid.
 Legatum hoc irritatum an imputatur patri in Falcidiam. ibid.
 Legatum æstimandum est secundum jus præsentis temporis. 1. 32
 Legatarius agens pendente conditione non consumit actionem. 3. 33
 Legatum relictum incapaci totius, legatarij est pro ea parte qua erogavit conditionis implendæ causa. 7. 54
 Legatum relictum personæ incertæ de certis validum est. 12. 35
 Legatum sic relictum collegiis meis, cognatis meis, libertis meis civibus meis, validum est. ibid.
 Legatum rei domini relictum ejus servo an subsistat. 14. 36
 Legatum ejus quod domino debetur, relictum servo ejus an valeat? ibid.
 Legati servo rem domini idem est quod rem alienam legari legatario. 15. 36
 Legatum semel per regulam Catonianam improbatum nunquam convalescit. 19. 38
 Legatum rei alienæ, quam testator credidit esse

suam, relictam cunctis personis valet. 23. 39
 in Legatis voluntas testatoris omnino attenditur. 25. ibid.
 Legari plus quàm expriment verba testatoris non facile creditur. ibid.
 in Legatis conditionalibus tempus conditionis attenditur. 26. 40. 23. 56
 Legatum debiti puri creditori relictum an per regulam Catonianam irritetur? 1. per tot. cap. 42. 14. 339.
 Legari potest servo creditoris id quod ejus domino purè debetur. 2. 42
 Legari potest servo omne id quod ejus domino potest legari. ibid.
 Legatum debiti puri nunquam potest esse sine utili are. 3. 43
 Legati inter usumfructum, & utilitas differunt. 4. ibid.
 Legati inter usumfructum quid sit? ibid.
 Legati utilitas quid sit? ibid.
 Legatum debiti puri per Falcidiam minui non potest. 5. 43
 Legatum debiti puri valeat et si minueretur per Falcidiam. ibid.
 De hoc legato quidquid minuitur per Falcidiam an recuperare, ut possit ea actione. 5. & 24. ibid. & 50
 Legati actione electa non extinguitur pristina actio ibid.
 Legatum inutile esse, & nullum esse diversa sunt 6. 44.
 Legatum debiti puri eandem & tantum utilitatem præstat quàm pristina obligatio. 7. 44
 Quæ sit utilitas utriusque à principio, ostenditur. ibid.
 Legatum debiti puri non necessario relinquitur. 9. 45.
 in Legato commoditas futura eadem est cum ea, quæ resultat ex quocumque contractu. 11. ibid.
 Legati utilitas nascitur ministerio legis confirmantis legatum. ibid.
 Legati validitas, & actio ex legato uno eodemque instanti producuntur. ibid.
 Legare an velit, stat in potestate testatoris non verò obligationis, & actionis ex legato. ibid.
 in Legato duplex utilitas est præsens & futura, & qualis utraque sit. 12. 45
 Legatum quamvis non sit de debito præcedenti, nullam aliam ab initio dat utilitatem quàm præstare actionem. ibid.
 Legatum an rectè definiatur sic, est donatio 13. 46
 Legatum non est absolute donatio, sed quædam species donationis. ibid.
 Legatum debiti puri quare servet nomen donationis etiam si sit de re quæ antea debetur. ibid.
 Legatum damnationis est donatio, & quare. ibid.
 Legatum debiti puri nullum esse quo sensu Consulti dicant. 14. 46
 Legatum debiti puri distinguitur à fideicommissio debiti puri. 15. 47
 Legata ab ipsa leg. 12. 1. tabul. habent vim producendæ actionis. 1. 8. 16. ibid.
 inter Legata & fideicommissa debiti puri servatur differentia. ibid.
 à Legatario quicumque, cui aliquid detur, vel non adimatur, fideicommissi potest. 19. 48
 Legatarius jurium commodum debet habere, & ejus fidei committatur. ibid.
 à Legatario fideicommissi non posse quomodo intelligatur? ibid.
 in Legato debiti puri, cujus dies aut conditio legatum facit cum inter usumfructum non datur actio respe-

Index Rerum,

du solius utilitatis, sed respectu totius debiti. 20.
 49.
 Legati dies aut conditio si advenit vivente testatore adhuc non videtur legatum. ibid.
 Legatum à principio validum ex mente Papinian. tempore validum conservat regula Catoniana. ibid.
 Ex mente Pauli opposita ex diametro traduntur. ibid.
 de hoc Legato an sit dissensio inter Consultos. 12.
 49.
 ex Legatario debiti puri quod detrahitur per Falcidiam recuperat creditor per pristinam actionem. 12. ibid.
 ex Legato debiti puri an possit detrahi quarta Falcidia? ibid.
 Legandi verbo quo in regula Catoniana utitur Cato, etiam hæredis institutionem comprehendit. 12. 54
 Legatum inest omni hæredis institutioni. ibid.
 de Legato specialiter sumpto quædam declarantur. ibid.
 Legatum una conditione ademptum, contraria conditione datum videtur. 7. 62
 Legatarius non fit dominus rei legatæ usque ad mortem testatoris. 12. 63
 de Legato damnationis agitur à §. 4. usque ad §. 8. *Instit. de legat.* 16. 64
 Legati nomine omnes res comprehenduntur. 22.
 66.
 Legati nomine generalis libertas non venit. ibid.
 Legandi verbum generaliter sumptum omnium rerum donationem in testamento significat. 26. 67
 Legandi verbum specialiter sumptum non comprehendit libertates. ibid.
 Legatum servo cum libertate relictum cedit ab adita hæreditate. 47. 75
 Legati datio inutilis continet utilem ademptionem libertatis. 6. 62
 Legatum servo purè datum & libertas sub conditione extraneo hærede instituto quo modo reguletur? 47. 76
 Legatarij non possunt representare personam defuncti. 8. 83
 Legatum à principio ante concursum legatariorum dividitur. 9. ibid. & 7. 182
 Legatæ rei respectu unum legatum est respectu legatariorum plura. 10. 83
 ad Legatum rei suæ nemo admittitur. 11. 84. 7. 182
 de Legatis ad stipulationem fit æquiparatio. 15. 85
 Legatum multis disjunctim datum aliquando uni datur, aliquando multiplicatur. 16. ibid.
 Legatum multis conjunctim relictum semper communicatur. ibid.
 Legatum quod non potest conservari ut totum conservatur per partes. 17. 86
 Legatarij convicti vindicant solam partem legati, dum cæteri repudiaverint. 18. ibid.
 Legatum datum civitati, cognationi, posthumo, cui debeatur dari? 22. 87
 Legatum minus favorabile est quàm hæreditas. 27. 89
 Legatarius non representat personam defuncti. ibid.
 In legato damnationis pars non capientis remanet in hæreditate. 29. 90
 In hoc legato ante realem concursum partes non fiunt. ibid.
 Legati per vindicationem relicti partes sunt puræ, & totam legatæ est conditionale. 31. 90

Legati per damnationem dominium non transferuntur, sed sola actio personalis. 33. 91
 In legato damnationis nunquam fiunt partes per concursum. 34. ibid.
 In legatis conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis testatoris. 42. 94
 Legari uni legatario ab altero Legatario non potest. ibid.
 Legatum legati, fructus fructum, usuræ usurarum servitus servitutum esse inquit. 41. 94. & 9. 174
 Legatarius purus partis sub conditione legatæ fructus suos facit. 45. 95
 Legatarius purus mittens usufructum pendente partis conditione non habet jus accrescendi. ibid.
 in Legato vindicationis ita partes separantur à toto ut ad ipsum totum possint redire. 50. 96
 Legatum in alienam voluntatem veluti conditio conferri potest. 1. & seq. 147
 Legare nihil aliud est quàm pro arbitrio statuere. 4. ibid.
 Legatum an conferri possit in hæredis voluntatem sive tacitam, sive expressam. 7. & 17. 148. 152
 Legatum non consistit nisi hæres adstringatur ad id præstandum. ibid.
 Legari hæredia se ipso non potest neque ejus servo 13. 150
 Legari domino potest ejus servo hærede instituto. ibid.
 Legatum ita relictum si arbitratu fuerit Titius, conditionale est. 14. 151
 Legatum relictum pupillo, si tutor voluerit conditionale est. ibid.
 Legatum in arbitrium tertij relictum reducit ad arbitrium boni viri. ibid.
 Legatum contractum esse falsè affirmatur. 17. & 18. 152.
 Legatum nisi volenti legatario irrevocabiliter non acquiritur. 18. ibid.
 Legati puri dies statim à morte testatoris cedit 22. 154.
 Legatum purum post diei cessionem transfertur ad hæredes. ibid.
 Legati nomine & fideicommissum continetur. 24. ibid. 6. 393.
 Legatorum & fideicommissorum exæquatio non fuit omnimoda. 24. 124
 Legatorum propriè adhuc supersunt post exæquationem. ibid.
 Legatum minuere & omnia tollere testator potest. 28. 159
 Legandi modus attendi debet quando una res est alterius accessio. 1. 162
 Legatus servus cum peculio si moriatur, aut manumittatur ante diem legati cedentem etiam extinguitur peculij legatum, non è contrà. 2. ibid.
 Legatus fundus instructus vel cum instrumento alienato fundo extinguitur legatum instrumenti, non è contrà. ibid.
 Legatum sic datum servus, & ejus peculium, fundus & ejus instrumentum diversimodè observatur. ibid.
 Differentia dicta non attenditur ubi nihil principale est nihil accessio. 3. 162.
 Legatæ ancilla cum suis agnatis, servo ordinario & vicario duo legata sunt. ibid.
 Legando testator naturæ destinationes sequi præsumitur. ibid.
 inter Legatarios æque principales idem servatur ac inter res principales legatas. 4. 163
 Legatarij

& Verborum.

Legatarij omnes sunt inter se æque principales. ibid.
 Legatarij ideo concurrunt quia sunt æque principales. ibid.
 Legatis hæredi habenti cohæredes potest. 5. 163
 Legari hæredis ex assè instituto non potest. ibid.
 Legari ei soli potest qui extraneus est. ibid.
 Legatum quamvis non valeat ex parte hæredis, illud tamen ei adjudicandum est indicio familiæ excusandæ. ibid.
 Pro illa re aliis cohæredibus vicissim etiam adjudicatur alia res, vel æstimatio. ibid.
 An si legatur uni ex hæredibus, & aliis legatariis non hæredibus, & legatarij repudient, jus accrescendi tantum detur ei hærendi, cui legatum fuit. 8. 164
 Legari nominatim singulis hæredibus aliud est ac omnibus copulative. 10. 165
 ad Legatum si ut universi vocentur, non sunt conjuncti. ibid.
 Legatum usufructus distinguitur à legato proprietatis. 12. 168
 Legando mulieri cum liberis suis an inter eos detur jus accrescendi. 2. 162
 Legatarij cum hæredibus non concurrunt. ibid.
 Legatum nisi directè relinqui non potest. 3. ibid.
 Legatum tam strictam formam habet quàm stipulatio. 4. ibid.
 Legato damnationis actio tantum ad constituendum usufructum consequitur. 9. 174
 Legato vindicationis ipso jure constituitur usufructus. ibid.
 Legatum usufructus quod unum est, an videatur redigi in plura. 11. 175
 Legando plures res regulariter fiunt plura legata. 14. 176.
 Legatum proprietatis esse purum est, facti est usque ad mortem testatoris. 15. ibid.
 Legatum purum post mortem testatoris adhuc facti est. ibid.
 An hæc æqualiter propria sint tam legato propter tatis quàm usufructus? ibid.
 Legati acquisitio an retrotrahatur ad mortem testatoris, an verò ad aditionem hæreditatis. 16. 176
 in Legato conditionali an idem servetur circa hanc questionem? ibid.
 Legatum sic dominium rei legatæ legatarij facit sicut hæreditas hæredis res singulas. 16. ibid.
 Legatum per cessionem diei confirmatum à l. 12. *tabul.* an adhuc facti sit? ibid.
 Legatum per cessionem diei an fiat juris, & id quomodo intelligatur. ibid.
 in Legato puro cessio diei ad se trahit legati agnitionem. ibid.
 Legato usufructu alteri, alteri usus fructuarius in usu concurrunt, non contra. 15. 195
 Legata & prælegata statim acquiruntur legatariis & cohæredibus. 4. 197
 Legata loco hæreditariarum actionum habentur ibid.
 Legatum liberationis reo an pariat actionem. 17. 263.
 Legato liberationis relicto cogitur creditor ad acceptilationem. ibid.
 inter Legatum liberationis & transactionis differentia. ibid.
 Legatum usufructus apud hæredem manet ante impletam conditionem. 1. 190.
 Legatum conditionale, dum conditio pendet, nec legatum esse creditur. ibid.
 Legatum defectu conditionis est ac si datum non

esset. 6. 348
 Legatum omne servo relictum à persona servi vires accipit, & omnis servus à domino testamenti facti non. 3. 385
 Legati ultra dedantis soluti repetitio quare detur? 4. 392
 Inter legata & fideicommissa observatur quædam necessaria differentia. 12. 394
 In legatis damnationis, & sinendi modum ad legatarios non transfertur nisi actio personalis. 1. 148. 395.
 Legata comparari mortis causa donationibus nulli repetitur scriptum. 16. 396
 Legata propter ignorantiam solvens sine deductione Falcidiz quartam non repetit. 19. ibid.
 Lex Julia & Papia quid statuerint circa orbos. 5. 53
 Lex Julia dedit superstiti conjugi decimam partem bonorum ex testamento morientis. ibid.
 Lex Julia etiam dedit tertiam partem usufructus bonorum, & quædamque proprietatis. ibid.
 Ex lege Julia olim vir aut uxor superstiti tertiam partem bonorum prædefuncti, etiam sine liberis decessisset, accipere poterat. 2. 10. 1.
 Lex Julia permittebat ut etiam tertiam partem usufructus acciperet, & quando liberos habuerit, etiam tertiam partem proprietatis. ibid.
 Legi huic postea derogatum fuit. ibid.
 Legis Julæ vestigia adhuc in Pandectis remanent. 2. 10. 2
 Lex nihil agit quod frustrari possit. 9. 53
 Lex est rerum omnium & personarum regina. 2. 3. 6.
 Lex scripta in multis distinguitur à consuetudine. 2. 9. 12
 Lex nulla est quæ non nitatur ratione naturalis. 8. 406.
 Lege opus fuit ut quis de rebus suis disponeret in tempus, quo dominus non est. 1. 368
 Legis 12. *tab.* verbis quoad testandi facultatem etiam femina continentur. ibid.
 in Legis 12. *tab.* verbis quid significet verbum *uti*. 4. 369
 In l. 12. *tab.* quid significet verba *ita jussu esse*. 5. 370
 Legis 12. *tab.* verba, *uti legasset &c.* explicantur. 2. 4. 5.
 Lex Alia Sentia impedit libertates quando fraus simul & eventus fraudis interveniunt. 3. & 6. 61. 62.
 Lex Alia Sentia impedit libertatem à minore viginti annis datam causa non probata. 2. 60
 Per Aliam Sentiam impedita libertas remoto potestea impedimento competit ex eadem voluntate ibid.
 Lex Alia Sentia non respicit tempus mortis testatoris, sed aditæ hæreditatis. 3. & 6. 61. 62.
 Lex Alia Sentia posterior fuit regula Catoniana. 4. 61
 Lex Alia Sentia libertatem à minore datam improbat in instanti donationis. 5. ibid.
 Legis Alie Sentie introducendæ ratio. 23. 66
 Lex Alia Sentia competituras impedit, non competentes revocat libertates. 4. 592
 Leges que ex contractu certo dant actionem præscriptis verbis, quo modo interpretentur. 3. 1. 7
 Lex Fabia posterior est regula Catoniana. 18. 65
 Lex Fabia non respicit tempus testamenti, sed mortis testatoris. ibid.
 Lex Falcidia quare in aliquibus legibus dicatur notè producere actionem. 3. 12. 14
 Lege Falcidia coangustata fuit potestas testandi obstrictè datæ per leg. 12. *tab.* ad certam quantitatem

Index Rerum,

tatem. 1. 191
 Legis Falcidiae inducendae ratio. ibid.
 Legis Falcidiae quartam an per retentionem solam an etiam per actionem haeres habere possit? 1. 392
 In hac quaestione Osuvaldi sententia admittitur, ejus verò rationes rejiciuntur. 3. ibid.
 ad Legis Falcidiae quartam & retentio & actio arte Justinianum dabatur. ibid.
 Lege Falcidia ultra dotrantem legata non valent. ibid.
 Lex Falcidia civibus legandi facultatem dedit. ibid.
 ad Legem Falcidiam sit argumentum ex S. C. Pegasiano. 5. 393
 Legis Falcidiae potestas retrotrahitur. 8. 394
 Legis Falcidiae quarta apud haeredem ipso jure remanet. 10. ibid.
 Lex Falcidia facit ne transferatur quarta ad legatarium. 11. ibid.
 Lex Falcidia necessitate induxit ut quarta apud haeredem ipso jure remaneret. 12. ibid.
 in Lege Falcidia inconcinnè Cujacius comparat legata mortis causae donationibus. 16. 396
 Lex Falcidia minuit pecuniam relictam ad constructionem monumenti. 2. 397
 Legis Falcidiae ratio haberi debet in omni hereditate ex S. C. Trebelliano. 5. 401
 in Legem Aquiliam sine injuria nemo incidit. 3. 13. 1.
 Lex Furia Caninia quid statuerit ante legem Falcidiam. 1. 391
 Lex Baconia quid statuerit, & jus abrogandae ratio. ibid.
 Libertatis diem cedere & libertatem competere idem sunt. 8. 5
 Libertatis dies cedit ab adita hereditate. ibid.
 Libertatis favore plerumque jus strictum suspenditur. 13. 36. 17. 65
 Libertas in testamento nisi nominatim singularis servit non potest dari. 13. 36
 Libertas sic relicta, omnibus servis meis do libertatem, quare non valeat. ibid.
 Libertatis legatae dies cedit post aditam hereditatem. 1. 60
 inter Libertates datas in fraudem creditorum, & datas à minore viginti annis causà non probatà assignatur differentia. 3. & 6. 61. 62
 Libertates & legata ut diversa in jure distinguuntur. 23. 66
 Libertas in fraudem creditorum data intelligitur data servo peculij quod pater filio legavit, an valeat? 10. & seq. 63
 Libertas directa ut competat, servus manumissoris esse debet tempore mortis testatoris & datae libertatis. 12. 64.
 Libertas an legari per legatum damnationis. 20. 65
 Libertas per se inestimabilis est. 21. 66. & 4. 153
 Libertatis aestimatio venit in universitate bonorum. ibid.
 Libertatis & necessitudinis aestimatio infinita est, quem sensum habeat? ibid.
 Libertas ceteris rebus major & favorabilior est 23. 66.
 Libertas majora privilegia meruit quàm vita ipsa. ibid.
 Libertas manente vi adimi non potest quin alius homo fiat. ibid.
 Libertas tota à natura provenit. ibid.
 Libertas publicam curam ut publica res meruit,

ibid.
 Libertas quae semel competit, non potest revocari. ibid.
 Libertatis datio quomodo legatum sit. 26. 67
 Libertas directe data in l. 7. C. liber. cum. convertitur in fideicommissarium. 29. 68
 Libertas fideicommissaria an ipso jure competere possit. 30. ibid.
 in Libertatibus ipsis fideicommissariis an detur aliqua differentia? ibid.
 pro Libertate statuenda est sententia in causa dubia. 41. 73
 Libertas non cedit nisi ab adita hereditate. 44. 74
 Libertatem testandi nemo sibi constringere potest. 5. 108
 Libertas naturalis an detur, quae sit distincta à libertate jurisperitorum. 2. 126
 Libertas fideicommissaria fideicommissum est. 29. 156.
 Libertas fidei commissaria conferri potest in voluntatem haeredis. ibid.
 Libertas verbis modalibus data an possit valere? 3. 168.
 Libertus patris dicitur etiam libertus filij. 14. 64
 Libertum pater assignare potest uni ex liberis. ibid.
 Libertus filij an possit dici libertus patris? 1. 240
 Libertum acquirens quare locupletior non fiat? 10. 234. 5. 254.
 Liberatorum numerus legitimus requiritur tempore excusationis ad excusationem numerum. 9. ex Liberis Catonis ejus pater multa sibi vindicavit ut sua. 12. 69
 Lignorum definitio. 3. 200
 Litis contestatio inducit speciem quandam contractus, & priorum obligationem novat. 9. 222
 Litis contestatione contrahitur, & quasi ex contractu omnis causa restituitur. 20. 256
 Litteratus, qui in sacro ministerio positus est, an teneatur dare cautionem judicio sibi? 10. 312
 Lingua Exotica serò permissa fuit in testamentis & decretis judicum. 5. 102
 Loci puri definitio. 2. 200
 Locationis merces praecise in pecunia numerata esse debet. 1. 2. 5. & 1. & seq. 246
 Locatio an constituatur si quod datur ut fiat, non sit locabile. 1. 240
 In Locatione & conditione an eadem diligentia ac in commodato exigi possit? 11. 364
 Locatio, & conductio eisdem serè regulis, ac emptio & venditio commensuratur. 29. 381
 Lucri ratio à repetitione rei suae excludit actorem. 6. 126.
 Lucrum facere ex re aliena nemo debet absque domini voluntate. 5. 232
 Lucrativae duae causae circa eandem rem non concurrunt; & quomodo id intelligi debeat? 10. 338.

M

Agis aut minus an mutent speciem? 3. 361
 Mala fidei possessionis definitio. 7. 296
 Mala fides an rectè definiatur ex scientia rei alienae? 8. 296
 Mala fides post latam sententiam an retrotrahatur ad initium judicij? 10. ibid.
 Mala fidei possessor usque ad finem pensarum fructus suos facit. 2. 393
 Mala fidei possessor & praedo quoad impensas an differant? ibid.
 Mala fidei possessor an possit auferere sumptus utiles? ibid.
 De Maleficiis omnibus non potest dari certa definitio. 2. 197
 In Maleficiis sine lege deest definitio, & nomen ibid.
 In maleficiis cum lege definitio & momen adsunt ibid.
 Ex maleficiis sine lege non nascitur civilis actio sed datur poena extraordinaria. ibid.
 In Maleficiis ex lege excluditur actio praescriptis verbis. 2. 197
 Mandatum morte tam mandantis quàm mandataris extinguitur. 5. 173
 Mandati actione nemo plus quàm solverit, consequitur. 2. 220
 Mandatum mandatarij tantum gratia non potest contrahi. 3. 231
 Mandatum bonae fidei contractus est. 7. 233
 Mandati fines egredi non licet. 8. ibid.
 Mandatum gratuitum esse debet. ibid.
 Mandatarius non exequitur mandatum sumptibus suis. 1. & seq. 252
 Mandatum an possit ex pacto naturam suam excedere? 2. 253
 in Mandatario an desideretur exactissima diligentia. 18. 366.
 Mandatum ex precedente mandantis rogatione mandatarius suscipit. ibid.
 Mandatum potest esse propter solam mandantis utilitatem. ibid.
 Mandati fines debent observari, & excessus repugnat mandato. 18. 366
 Mandatum in re mandatarij regulariter non tenet. 1. 289.
 An idem sit quando creditor accipit delegationem periculo suo? ibid.
 Quare in tit. D. mandati dicatur mandati, vel contra? 2. 389
 Mandati actio non datur eo consilio tantum 1. ibid.
 Manumittere potest reus alicujus criminis. 9. 35
 Manumittere nequit reus adulterij, aliquarum aliarum causarum. ibid.
 Manumittere olim testator non poterat servos sine ordine priorum & posteriorum. 13. 36
 Manumittendi potestatem lex 12. tab. dominis tribuit. 27. 67
 Manumissio concepta in tempus, quo servus alienus est, non valet. ibid.
 Manumissio & evictio non sunt modi finiendae actionis ex empto. 3. 254
 Manumissio non consistit in administratione patrimonij. 1. 240
 Manumissio est actus legitimus; & à quo fieri possit ibid.
 Manumittere potest filiusfamilias voluntate patris ibid.
 Manumittere patet jussu filij, aut filius jussu matris an possit? ibid.
 Maritus rerum dotalium verè possessor est. 5. 276
 Maritus rerum dotalium dominus est. ibid.
 Margaritae inestimatae, aut aestimatae datae quam faciant differentiam. 8. 228
 Matrimonium ante furorem contractum post furorem substatnetur. 6. 323. & 10. 338
 Matrimonium quod unius conjugis deportatione fieret irritum, alterius conjugis non deportati affectione substatnetur. 11. 253

& Verborum.

in Matrimonium nunquam retrotrahitur tempus habile ad initium vitium. 4. 376
 de Matrimonio per coemptionem & per conventionem in manum contracto. 10. 407
 Matrimonium hoc sine patris consensu effici non potuit. ibid.
 in Matrimonio tam filiorum quàm filiarum exigebatur consensus parentum, in quorum erant potestate. ibid.
 Masculi quare olim in successione ab intestato praeferebantur foeminis, & difficilius ex hereditabantur? 3. 404
 Media tempora jure pratorio testatori non nocent; secus jure civili. 4. 13
 Media tempora in rebus etiam non nocent. 5. ibid.
 in Mercis usu tantum est quantum in dominio pecuniae numeratae. 11. 215
 Mercis dominium in emptorem non transfertur donec pretium solvatur, vel eo nomine satisfactum sit. ibid.
 An idem dicendum sit si precium solvatur ante mercis traditionem? ibid.
 Mercium in mare jactarum ob levandam navim damnum satisfit omnium contributione. 1. 265
 Merces vel suas, vel alienas quilibet in mare potest jactare. ibid.
 Merces alienas in mare jactans neque contraxit, neque quasi contraxit, neque deliquit, neque quasi deliquit. ibid.
 Merces alienas in mare jactans an teneatur legis Aquiliae actione? ibid.
 in Mercis locum cedit id quod interest. 18. 136
 Militia, missus testamentum jure militari non facit; & ante missionem factum ad annum eo jure durat. 10. 338
 Milites ante Constantinum jure militati testari potuerunt. 15. 380
 Militis voluntas ad huc ut habeatur pro testamento, de quo genere testamentorum accipi debeat? 16. ibid.
 Militibus an utile sit ut semper eorum voluntas habeatur pro testamento? ibid.
 Minori viginti annis quare permittatur manumittere servum, ut sit procurator. 1. 172
 Minores viginti annis tutores esse non potuerunt, neque excusatione indigerant. 5. & seq. 376
 Minus in eodem subjecto cedit majori, ut speciei. ibid.
 Missus in possessionem rei servandae gratia non habet interdicta possessoria. 3. & 7. 276. 277
 Missus in possessionem rei servandae causa an in alio quo casu possideat? 7. 277
 Modus civilis quid significet. 3. 198
 Monacho litiganti cum Abbate an monasterium alimenta & expensa dare debeat? 15. 314
 Monachus religionem ingrediens se & sua bona dicit Deo. 11. 331
 de Monumento construendo jussu testatoris non datur actio quae teneat locum hereditariarum actionem. 4. 197
 Monumenti jus hereditatem omnium interest. ibid.
 Monumenti jus in judiciis familiae circumscribenda non potest venire. 6. 198
 Monumentis jus unicuique haeredi in solidum competit. ibid.
 Monumenti impensa olim quomodo deducebatur? 2. 197.
 ad Monumentum construendum relicta pecuniae quomodo diminuat? ibid.
 Monumenta quomodo olim construuntur. 4. 398.
 Mortis

Index Rerum,

Mora constituitur ex interpretatione idonea creditoris. 17. 2. 6
 ex qua Mora veniant usurae, pericula rerum, & similia. ibid.
 Mora plerumque pro cessatione accipi debet. ibid.
 Moram quo modo reus purgare possit? ibid.
 Mora quando inducatur, & an ante eam agi possit? 18. 296
 in Mora, & cessatione an distinguantur de causa dandi, vel faciendi? ibid.
 Moriendi tempus vitæ tribuitur. 7. & 30. 19. 26
 Mortuus non habet nec velle, nec nolle. 22. 154
 Mortuis causæ capionis definitio. 2. 200
 Mutianæ cautioni an locus sit in his quæ extra testamentum incurrunt. 17. 263
 Mutiana cautio quare, & in quibus introducta fuit? 1. 350
 Mutiana cautio an propter omnes in non faciendis conditiones detur? ibid.
 Mulieres dotatas esse quare Reipublicæ interfit? 3. 404
 Mulier est caput, & finis suæ familiæ. ibid.
 Municipies an possidere possint? 2. 322
 Municipies an consentire possint? 3. ibid.
 Mutuum ut sine reali traditione constituatur, specialiter receptum est. 1. 231
 Mutuum ut fieret per delegationem, postea etiam receptum fuit. ibid.
 Mutuum nullum constituitur, ubi ex meo non fit tuum. 2. ibid.
 Mutuum non perficitur ex sola voluntate mutuandi. 3. ibid.
 ex Mutuo usurae non debentur nisi intervenerit stipulatio. 3. & 7. ibid.
 Mutuum an fiat ex conventionione quæ extat, in l. 19. D. de presc. verb. & l. 11. D. de reb. cred. si pecunia non utatur? ibid.
 in Mutuo omne periculum, & dominium transfertur in accipientem. 8. 233
 Mutuum potest esse omnium rerum, quæ pondere, numero, & mensura continentur. 11. 235
 in Mutuo idem genus pro eodem genere dari debet. 12. ibid.
 Mutuum contrahere volentes si id gratis non faciunt, sit contractus innominatus. 5. 241

N

Naturam nemo mutare potest. 6. 159
 Naturæ æquum est, ut reddatur quod ex non iusta causa accipitur. 19. 263
 Navis semel dissoluta, & eisdem tabulis confecta, quare sit eadem? 10. 338
 ob Necessitudinem legibus ipsis vim fieri licet. 11. 15
 Necessitudinis causâ servatur æquitas in ipso summo iure. 11. 35
 Necessitudinis æstimatio infinita est: & quomodo hoc intelligatur. 21. 66
 ob Necessitudinem multa specialia contra jus strictum statuuntur. 5. 169
 Negatoria actio non est inducta ad lites rerum corporaliæ. 13. 262
 Negotiorum gestorum actione nemo plusquam soluerit, consequitur. 2. 220
 in Negotiorum gestione an tam gerentis quam absentis veretur utilitas? 16. 365
 in Negotiorum gestore quare aliquando exigatur

exactissima diligentia? 17. 366
 Negotiorum gestor regulariter non tenetur ad exactissimam diligentiam. ibid.
 Negotium, cui pacta insunt ex parte actoris, debet esse bonæ fidei. 11. 244
 Negotium, quod instar contractus certi cuiusdam est, contractus incertus est. 13. ibid.
 Nihil potest esse ejus, qui nullus est. 9. 53
 Nihil tam naturale est quam eo genere quid dissolvi, quo colligatum est. 10. 222
 Nihil à principio tam perfectum est quod signemutatione esse possit. 2. 231
 Non videtur res ejus esse, à quo invito possit extorqueri. 2. 38. & 6. 221
 Non videtur assumptum, quod in corpus patrimonij verum est. 8. 227
 Nemo cum aliena jactura locupletari debet. 2. 303
 Novatione extinguuntur pristina obligatio. 2. 389
 Novæ leges respectu regulæ Cætonianæ quæ dicantur? 2. 32
 Numerus legitimus quis dicatur. 15. 36
 Nuptiæ iustæ inter solos cives Romanos contrahantur. 6. 102
 Ad nuptias ut sunt jurisgentium sufficit solus consensus. 9. 103
 Nuptiæ istæ quos effectus producant inter cives Romanos? ibid.
 à Nuptiis istis in quo differant iustæ nuptiæ? ibidem.
 Nuptiæ simpliciter contractæ sunt jure gentium nuptiæ. 7. 406
 Nuptiæ illæ quoad cognationes sunt sufficientes. ibid.
 Nuptiæ iustæ quæ dicantur, & à quo jure sic appellentur? ibid.
 in Nuptiis filiorum familiæ an jure naturali requiratur consensus parentum? 9. 106
 in Nuptiis filiorum familiæ quare olim consensus parentum exigebatur? ibid.
 in Nuptiis filiarum familiæ quare idem consensus necessarius erat. 5. & seq. 406

Obligatio naturalis inter patrem, & filium consistit. 3. 27
 Obligatio non potest non producere actionem. 7. 44.
 Obligationes sunt perpetuæ. 10. 53
 Obligationes quæ verbis tolluntur, quod sint. 3. 101
 Obligationes verbis contractæ sine stipulatione Aquiliana, acceptilatione tolluntur. ibid.
 Obligationes verborum solum tolluntur acceptilatione. 8. 102
 Obligatio civilis quare appellatur illa, quæ nascitur ex contractibus jurisgentium. 10. 103
 Obligatio naturalis quæ non producit actionem non est obligatio, sed tantum nuda æquitas. 11. 104
 Obligatio naturalis à jure gentium habet producere actionem. ibid.
 Obligationes ex mero debitoris arbitrio pendentes nullæ sunt. 3. 107
 Obligatio, quæ debitorem non cogit ad dandum, nulla est. 4. ibid.
 Obligatio ob rem dati inest actioni præscriptiæ verbis. 3. 141
 Obligatio quæ semel extitit ex persona hæredis non

& Verborum.

non commutatur. 5. 198
 Obligatio omnis pro contractu habenda est. 2. 213
 Obligatio ex contractu an rectè continetur in l. 1. D. de verb. significat. ibid.
 Obligatio post secutam rem retrahitur ad tempus conventionis contractus incerti. 14. 216
 ad Obligandum minus proni quam ad liberandum esse debemus. 9. 243
 Obligatio quando unius tantum est, relevatur, & minuitur in quantum jus patitur. ibid.
 Obligatio quando est utriusque, de utroque ea affirmatur, vel negatur. ibid.
 in Obligatione pura absque debitoris interpellatione statim agi potest. 16. 246
 in Obligatione in diem adveniente die statim agi potest. ibid.
 in Obligatione sub conditione, an adveniente ea statim agi possit? ibid.
 Obligationes omnes nascuntur aut contractu, vel quasi contractu, aut delicto vel quasi delicto. 1. 265
 Obligatio naturalis nisi naturali solutione non extinguuntur. 11. 358
 Ob causâ dare generalius est quam ob rendere. 5. 214
 Ob rem dati tractatus continet materiam actionum in factum. 2. 213
 Ob rem dati tractatus continet etiam materiam tam contractuum nominatorum quæ innominatorum. ibid.
 Ob rem dato contractus genus est, sed specialius contractus, quando adest conventio de reddenda alia re, quam quæ data est. 3. 215
 Ob rem datio quid sit, & qualis ejus finis? 5. 214
 Ob rem datio quare non pariat directam actionem? ibid.
 Ob rem dati obligatio, si prius non præcedat conventio, non est contractus. 3. 258
 in Obscuri capienda est interpretatio quæ juri minus obstat. 9. 62
 Olani, & Antonij Fabri emendatio ad l. 33. D. de lag. 1. reprobatur. 16. 85
 Omnia interpretatio quid sit in l. 72. D. de condit. & demonstrat. 5. 351
 Circa operas fabriles cur concipiuntur questio in l. 25. D. de prescript. verb. 10. 234
 Operæ officiales patronis tanquam patronis debentur. ibid.
 Operæ officiales natura potius quam jure civili debentur. ibid.
 Operæ tam officiales quam fabriles quando repeti possunt, si solvantur. ibid.
 Operæ servorum continentur numero. 11. 235
 Operas restituendo quare non reddatur idem genus pro eodem genere. 12. ibid.
 Operæ semel solutæ quare repeti non possunt. 14. 236
 in Operis servorum non possunt esse fructus naturales. 11. 306
 Osuvaldi distinctio circa legatum debiti puri rejicitur. 21. 49
 Osuvaldus rejicitur circa conciliationem legi, l. 16. §. ult. de legat. cum l. 7. D. de reb. dub. & l. 34. §. 9. d. l. 16. in princ. l. 8. §. 8. de legat. 1. 25. 89
 Osuvaldus reprehenditur quod Cujacium reprehenderit. 6. 30
 Osuvaldi interpretatio ad l. ult. D. de cond. cau. dat. reprobatur. 11. 127
 Osuvaldi nota quædam contra Cujacium refutatur. 8. 149
 Ovidij locus circa deportationem. 4. 213

Pacta pariunt actionem contractuum, quibus coherent. 8. 227
 Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.

Pacta adjecta in continenti partem contractus faciunt. ibid.
 Pactum in continenti adjectum firmat contractum incertum. 11. 207
 Pacti nomine quid constituatur in l. 6. C. de jur. dor. ibid.
 Pacta conventa in continenti adjecta non insunt ex parte actoris. 7. 233
 Pactum de uturis sine stipulatione habetur pro nudo pacto. ibid.
 Pactum nudum omne gratuitum est. 2. 258
 Pacta in continenti adjecta in sunt stipulationibus. 4. 168
 Pactum nudum non potest converti in contractum. 13. 118
 Pacificendi animus non sufficit ad contrahendum. ibid.
 Pacificendo nemo sibi aufert potestatem alienandæ rei suæ. 5. 108
 Pactionibus privatis non potest infringi libertas cujuscumque. ibid.
 Pactio, ut reddatur sive res, sive æstimatio contracturam, emptionis est. 2. 141
 Pactio de reddenda eadem re, quæ tradita est, non potest plus operari quam ipsa æquitas. 3. ibid.
 Pali de vineis detracti quare sint vincarum, & qui parantur, non sint? 9. 338
 De parte idem statuitur quod de toto. 13. 244
 Pars semper obstat redditum ad suum totum unde separata fuit. 3. 185
 in Parte, quæ non est redditura ad totum, non curatur de eo quod postea accidit. 5. 185
 Pars nihil aliud est quæ totum quod componit. 14. 308
 Pater manumissor habet bonorum possessionem ad exemplum patronorum. 13. 408
 Pater habet jus dominij in bonis filiis ante emancipationem acquisitis. 17. 22
 Patri an interfit habere quiritarium dominium in bonis filij mortui, quando habet dominium bonitarium. 21. 24
 Pater potest auferre ad libitum quod filiusfamilias habet in peculio adventitio. 3. 226
 Pater donando filio peculium constituit. 39. & 40. 28
 Patresfamilias duo pro una persona non possunt haberi. 39. 72
 Pater in peculio castrensi hæres institutus in quo differat à suis hæredibus? 4. 273
 Patribus in filios major quam dominis in servos competit potestas. 4. 112
 Pater olim vera venditione, & vero pretio accedente filium vendebat. ibid.
 Pater filios sicut dominus servos in noxam dare poterat. 5. 112
 Pater potest filios pejerare statum libertatis. 7. 113
 Paterfamilias sine patrimonio esse nequit, non econtra. 2. 162
 Pater filio existenti in potestate rectè stipulatur. 2. 172
 Pater & filius, una, eademque persona esse intelliguntur. ibid.
 Pater qui ter vendidit filium, indignus eum habendi in potestate videbatur. 19. 178
 Patre volente sibi acquirere per filium nulla distinctio est inter patrem & filium. 24. 24
 Pater qui sine iusta causa exhæredat filium, quare habeatur pro infano? 4. 51
 Patres habuerunt in filios vitæ, necisque potestatem. ibid.
 Patri

Index Rerum,

Patri quare remissum fuit occidere filiam in adulterio deprehensam, & non marito? *ibid.*
 in Patrie familiaris circa bona tria considerantur, & quare illa sint. 10.371
 Patre furente vel captivo filius familiaris uxorem ducere, & filia nubere potest. 3.375
 Patribus habentibus filios in potestate solum injungitur onus dotandi. *ibid.*
 Parentes an teneantur, & quo jure dotare filios, quos non habent in potestate. *os ibid.*
 Pater nemo appellatur nisi ille, quem nuptiae demonstrant. 4.376, 3.404
 Patres vitae necisque potestatem in filios neque jure divino, neque naturali habuerunt. 5.405
 Patres olim poterant filios vincire, verberare, simulque vendere. *ibid.*
 Parentes qui occidebant filios antiquitus non tenebantur lege Julia de parricidiis. 12.408
 Patria potestas nocet filiis tunc solum quando parentibus prodest. 8.19
 Patria potestas favore parentum &, non in odium filiorum fuit introducta. 8.19
 Patria potestas consistit in pietate. 8. *ibid.* 2.404
 Patria potestas quare dicatur vinculum pietatis. *ibid.*
 Patria potestas non soluitur malitia. 17.22
 Patria potestas quomodo parentibus concessa sit? 27.25, 5. & seq. 405.
 Patria potestas non tollit filiis capacitatem sibi acquirendi. 27.15
 Patria potestas efficit ne filius sit sui juris. 1.121
 Patria potestas facere nequit ne filius sit integra persona. *ibid.*
 Patria potestas quare dicatur moribus introducta. 5.112.
 Patria potestas inestimabilis est. 8.352
 Patria potestas a quo jure descendat? 1. per tot. c. 104
 Patria potestas an in imperio patris, an in obedientia filij consistat? 2. & 5. *ibid.*
 Patria potestas quare moribus populi introducta fuit? 3. *ibid.*
 Patriae potestatis inducendae ratio civilis est. 3. & 5. *ibid.*
 Patriae potestate potentius est jus reipublicae in filios. 5.405
 Patriae potestatis fundamentum quare nuptiae sint? 7.406.
 Patria potestas ex eo quod in ratione naturali consisteret, non esset juris naturalis. 8. *ibid.*
 Patria potestas cum patris nomine an aliquid habeat commune? 11.407
 Patria potestas unde originem habuerit. 12.408
 Patriae potestatis effectus ab interpretatione praeferentem provenientes referuntur. *ibid.*
 Patronatus jus inestimabile est. 5.163
 Patrono datur bonorum possessio contra tabula liberti. 13.21
 Patronus par bonorum possessionem plus quam quartam accipit. *ibid.*
 Pareja laudatur circa interpretationem l. 3. §. 2. D. de jur. sibi. 6.34
 Pecunia adventitia acquirit filius quidquid sibi acquirit. 32.16
 in Peculio castrensi solum recipitur fictio retroactionis an patris an filij sint res peculij. 12.63
 Peculium castrense vivente adhuc filio patris est 39.72.
 Peculij castrensi causa contrahente filio, patri acquiritur directae actiones, *ibid.*
 in Peculio castrensi filius non est paterfamilias,

sed tantum reputatur. 39. & 40.72
 in Peculio castrensi jus patris cessat, dum filius vivit. 50. *ibid.*
 in Peculio castrensi quid filius familiaris concessum fuerit, *ibid.*
 Peculium pignum pater ad libitum filio tollit 11.372.
 Peculium castrense jure peculij remanet apud patrem mortuo filio intestato. 1.300
 Peculium castrense quare dicatur pro hereditate haberi? *ibid.*
 Peculij castrensis nullum jus esse in extraneo, qui filium non habet in potestate. 5.401
 Peculium uou est necessaria accessio servi. 3.162
 Pecunia non est ex re, sed ex negotiatione percipitur. 9.109
 Pecunia non potest elici ex re pignorata. *ibid.*
 Pecunia tanquam res mobilis fragilis est. 11.127. & 14.236.
 Pecunia genus est omnium rerum. *ibid.*
 in Pecuniarum numeratione omnia censeri possunt ut in stipulationibus. 9.233
 Pecunia numerata inter res, quae usu consumuntur connumeratur. 3.158
 Pecuniarum numeratae proprietate ususfructus esse non potest. *ibid.*
 Pecuniarum ususfructu finito an domino pecuniae detur rei vindicatio? 7.160
 ad Pecuniam repetendam an tunc detur conditio? *ibid.*
 Pecuniarum quantitas ipsa condici potest. 8.160
 Pecuniarum connumeratur inter res incorporales, ibidem
 ut Pecunia condici possit, magna difficultate obtinuit. *ibid.*
 Pecunia quare connumeratur inter res incorporales? 11.215
 Pecunia usus nullus est sine dominij translatione *ibid.*
 in Pecunia & rebus, quae usu consumuntur, dominium non differt ab usu. 10.161. 11.25
 Pecuniarum reddit ex fenore quod praedia ex locato. 6.233.
 Pecuniae sapit naturam omnium rerum. 5.181
 Pecuniae redditur nihil aliud est quam usura. 6.233
 Pegasianum S. C. qua ratione inductum fuit, & quid ab eo dispositum. 5.393
 Pegasianum S. C. omnem vim sumpsit ab exemplo legis Falcidia. *ibid.*
 in Permutatione culpa praestatur 10.127
 in Permutatione habet locum constitutio D. Marci in l. 11. §. 1. D. de de immob. 5.139
 in Permutatione initium obligationis sumitur a rei traditione. 8.214
 in Permutatione quid specialius quam in datione ob rem reperitur. *ibid.*
 Permutatio an verè constituitur, si mers neutrius fuerit. 10.215
 in Permutatione qualis est unius permutantium traditio, talis est in altero obligatio. *ibid.*
 Plerumque quis per alium potest, quod per se ipsam non potest. 5.33
 Perficere emptiorem quid sit? 18.37
 Penitere potest in contractibus innominatis qui prius derit. 20.131
 in Persecutione extraordinaria nihil certum est quod ad judicia ordinaria possit deduci. 10.243
 Periculum & commodum rei permutatae ad quem spectat. 7.214
 Periculum & commodum regulariter ex perfectio-

& Verborum.

ne contractuum computatur. *ibid.*
 Periculum in accipientem non transfertur ob nudam rei dationem. *ibid.*
 Periculum rei, de qua agitur ad quae pertinet cat. 4.362
 Periculum rei dividitur, quando gratia utriusque, tum dantis, tum accipientis datur. 5. *ibid.*
 in Personis nullo jure concipitur accessio, aut princile. 4.163
 Pignoratitia actio datur praedoni, qui rem furatam pignori dedit. 1.97
 Pignus rei alienae consistere nequit. 2.98
 Pignori dando rem alienam consequitur quis pignoratitiam post solutionem debiti. *ibid.*
 Pignoratitia actio competit eo ipso quod debitum solvatur. 4.98
 Pignus ne vendatur, an pacto effici possit? 1. & seq. 107
 Pignoris dominium in emptorem creditor vendendo transfert. 3. *ibid.*
 Pignoris datio ipsa est species quaedam conditionis. *ibid.*
 Pignus ex pacto alienandi, & etiam sine pacto creditor vendere potest. 4.107
 Pignus etiam interposito pacto ne creditor vendat, jure venditur. *ibid.*
 Pignoratitiae rei alienatio semper sit salvo jure. 6.108
 Pignoris causa neque usucapione perimitur. *ibid.*
 Pignus quod non est utile creditori, neque pignus est. 8.109
 Pignoris utilitas tota in quo consistat? *ibid.*
 Pignus valere, & pignus vendi non posse implicat contradictionem. 9. *ibid.*
 Pignoris venditio ex jure publico est. *ibid.*
 Pignoris remissio facta per pactum non valet nisi res ipsa pignorata reddatur. 20.222
 Pignus rei proprietate consistere non potest. 3.266
 Pignoratitius creditor in quo differat ab usufructuario? 3.280
 Pignus transit ad alium possessorem cum sua causa. *ibid.*
 Pignoris obligatio non extinguitur nisi solutione. *ibid.*
 Pignoratitius creditor sibi possidet pignus. 3.272. & 3. & 7.276. 277.
 Pignus in pristina causa restituitur quandoque solvatur pecunia. 12.283
 Pignus an adhuc duret reo absoluto obditium actoris. 11.358
 Pignus dum durat obligatio naturalis, non dissolvitur. *ibid.*
 Pignus multo magis durat reo condemnato. *ibid.*
 Pignus absoluto reo sine vitio actoris an duret? 12.358
 Pignus eo casu an absolute, an vero propter auctoritatem rei judicatae liberetur? 12. & seq. *ibid.*
 inter Pignus & ceteras obligationes observatur elegantia differentia. 13. *ibid.*
 Pignus regulariter perficitur traditione. *ibid.*
 Pignus durare quoties durat naturalis obligatio, quomodo intelligatur. *ibid.*
 Pignus accipiendo quis meliorem facit suam conditionem. 11.325
 Pinus datum pupillo absque tutoris auctoritate quare non valeat? *ibid.*
 in Pignore an desideretur exacta diligentia. 6. & seq. 363.
 Plus cautio est in re quam in persona. 9.109. & 11.325
 Plus petit qui in alternativa obligatione rem specialem petit. 21.382
 Plus non petitur quando petitur quod ipso jure debetur, licet reus exceptionem habeat. 13.395
 Plus petit qui totum debitum petit, ubi est compensatio. 14. *ibid.*

Plebis definitio. 2.206
 Possessio ejus qui eam ingreditur domino praesente & non contradicente, justa est. 11.6
 Possessio quid sit. 11.215
 Possessionis aethimologia & notationes. 1. per tot. cap. 269.
 Possessio a sectibus appellata, vel etiam a pedibus. 1. per tot. cap. 322.
 Pro possessione sumitur pedem ponere. 2.269
 ad Possessionem nihil interest, qua corporis partes tangatur. 3.269
 Possessio plerumque sumitur pro ipsis rebus. 4. *ibid.*
 Possessio bonorum pro bonorum universitate hereditaria sumitur in tit. *lastit. & De gest. de bonor. poss. ibid.*
 Possessio illius rei, quae nostra esse non potest, an nostra esse possit? 5.270
 Possessionis natura, & de recta ejus definitione. 1. per tot. cap. 271
 Possessionis definitio, quae traditur in l. 115. D. de verb. significat. an recta sit? *ibid.*
 Possessio & usus quare separentur in l. 1. §. 1. D. de furt. *ibid.*
 Possessionem unius rei an duo vel plures in solidum habere possint? 1.271. 6.9. & 1. 281. 282. 283. & 1. per tot. cap. 316.
 Possessionis definitiones plures refutantur. 2.272
 Possessionis definitio tradita a Donello refutatur. 3. *ibid.*
 Possessionis definitio tradita a Valentia aliquibus mutatis approbatur. 4. *ibid.*
 Possessionis definitio a Mindano tradita examinatur. *ibid.*
 Possessionis vera definitio datur & examinatur. *ibid.*
 Hujus definitionis verbum *detentio* pluribus legibus comprobatur. 5. & seq. 273
 Possessio quare appelletur incubatio in l. 21. C. de res domini &c. 5. *ibid.*
 Possessio dividitur in possessionem propriam, & impropiam. 6. *ibid.*
 Possessio propria quae sit, simulque impropria. *ibid.*
 Possessio propria subdividitur in possessionem juris & facti. 8.274. & 1. & seq. 287
 Possessio civilis quae sit, & quomodo constituitur? 9.274
 Possessio naturalis quae sit, & quomodo constituitur. *ibid.*
 Possessio corporalis & naturalis promiscue dicitur. *ibid.*
 in Possessione esse & possidere longè diversa sunt. 6.277
 His quorum nomine possident, dantur interdicta, non ipsis. *ibid.*
 Possessionis divisio in bonae & male fidei possessionem. 2.279
 Possessio unius possessoris an intervertat alterius possessionem? 9.282
 Possessio potest esse justa, & illa simul esse possessio male fidei. 15.284
 Possessionem translatam semel non recuperat dominus dum causa apud possessorem est. *ibid.*
 Possessionis civilis & naturalis definitio ab interpretibus non rectè traditur. 1. & seq. 287
 Possessio civilis an ea sit (ut Cujacius placet) quae animo, & naturalis ea, quae corpore retinetur. 1. & 11.287. 290
 Possessionem civilem esse justam, naturalem injustam tradit Valentia; & refutatur haec sententia. 2.6. & seq. 287. 288
 Possessio utraque qualis sit, traditur ab eodem. *ibid.*
 Possessionem coloni & similium non esse naturalem tradit *ibid.*

Index Rerum,

Possidere colonum naturaliter quid sit, ipse docet. ib.
 Possessionem civilem male coniacius putat esse
 eam, quæ animo domini tenetur. 3. 287
 Possessionis civilis & naturalis definitio. 4. ibid.
 Possessionis non solum civilis, sed etiam naturalis
 animo retinetur. 6. 288. & 1. 335
 Possessionis civilis fundamentum est possessio natu-
 ralis. 7. 280
 Possessio civilis absque naturali acquiri nequit.
 ibid. & seqq. & 5. & seqq. 336
 Possessio naturalis ut animo retineretur, quare
 statutum fuerit. 8. 289
 Possessionis genus unum est ratione insistentiæ,
 ratione verò qualitarum est multiplex. 13. 291
 Possessionum causæ quæ dicantur. ibid.
 Possessio naturalis est pari facti. 14. ibid.
 Possessio civilis est puri juris. ibid.
 Possessio naturalis quo respectu aliquid civilis
 habere possit. ibid.
 Possessio civilis an aliquid naturalis habere queat?
 ibid.
 Possessio civilis licet animo retineatur, per natu-
 ralem tamen explicatur. 15. 291
 Possessio naturalis vel animo & corpore simul,
 vel animo solo retineri potest. ibid.
 Possessio eadem an diversimodè observari possit
 circa diversos. 16. 291
 Possessio qua ratione appelletur iusta, vel iniusta.
 11. 297
 Possessio civilis & naturalis an in uno possessore
 simul esse possint? 1. & seqq. 294
 Possessio *iusta* quo sensu accipiatur in l. 24. *D. de*
acquir. possess. 3. 293
 Possessio prædonis iusta, & precarij iniusta appel-
 lantur in l. 54. *D. de comm. divid.* ibid.
 Possessionem non nanciscitur animo domini cre-
 ditor pignoratitius, & precario rogans. ibid.
 Possidens naturaliter iustè possidet. 4. & 17. 294. 299
 Possidens auctoritate prætoris sive civiliter, sive na-
 turaliter iustè possidet. ibid.
 Possessio producat civilis effectus civilis esse
 debet. 4. 294
 Possessio iusta vel iniusta quomodo explicatur in
 formulis interdicatorum? 5. 295
 Possessio clandestina an possit converti in vio-
 lentam possessionem? ibid.
 Possessionem habere iustam ut quis credat, quid
 requiratur. 11. 297
 Possessionis causæ sunt tituli, quibus possidentur. ib.
 Possessionis causæ ut probatæ sint, tituli iustè
 concipi debent. ibid.
 Possessionis malæ fidei summa unde proveniat.
 11. 298
 Possessionis malæ fidei aliud genus refertur. ibid.
 Possidens ex causa donationis inter virum &
 uxorem pro possessore possidet. ibid.
 Possidens titulo à jure reprobato pro possessore
 possidet. ibid.
 Possidens pro possessore mala fide possidet. ibid.
 Possessionis anterioris accessio tam in hærede
 quàm in simplici possessore datur. 1. 361
 Possessio à principio iniusta an ex post facto iu-
 sta fieri possit? 16. 299
 Possessio momentaria quid sit, & unde dicta. 1. 300
 Possessio fiduciaria quid sit? ibid.
 Possessio litigiosa quid sit? 2. ibid.
 Possessio *recredentalis* apud Gallos, *interim* apud
 Hispanos, *nova proviso* apud Italos quid sit? ibi
 Possessio vacans quid sit? 3. 33
 Possessio vacua an sit illa, quam occupat nudus
 detentator. ibid.
 Possessio vacua an possit dici illa, que tuta non
 sit. ibid.
 Possessio plena & semiplena quid sit apud Do-
 ctores. ibid.
 Possessio naturalissima an detur? 5. 301
 Possessio civilissima ac sit species distincta à civili
 possessione. ibid.
 Possessionis principalior utilitas stat in perci-
 piendis fructibus. 1. & seqq. 303
 Possessionem amittens non videtur quidquam amit-
 tere. 5. 304
 Possessionis donatio an esse possit? ibid.
 Possessio bonæ fidei adversus extraneos loco do-
 minij habetur. 7. 305
 Possessio absque dominij translatione transferri
 potest. 1. 310
 Possessionis commoditas maxima in visu interdico-
 rorum est. 2. ibid.
 Possessorium & petitorium remedium an com-
 petat possessori ad obtinendam possessionem,
 6. 312
 Possessorij iudicij divisio in summarium & plena-
 rium, & quid alterutrum sit? ibid.
 Ex possessione præsumitur bona fides, & etiam
 iustus titulus. 10. 312
 In possessorio iudicio de facto, non de jure posses-
 sionis disputatur. ibid.
 Possidens res immobiles non potest haberi su-
 spectus de fuga. ibid.
 De possidente mobilia, aut plura nomina an idem
 dici possit. ibid.
 Possidens in dubio pro domino habetur. 12. 313
 Possessio præcipuè diutina iustum initium habuisse
 præsumitur. 13. ibid.
 Possessio per continuationem tribuit dominium
 usucipienti. ibid.
 Possessionis mentione in jure facta, de qua pos-
 sessione intelligatur. ibid.
 Possessio absque sententia declaratoria non potest
 avocari. 14. 313
 In possessione iniusta idem servatur. ibid.
 Possessio an continuatur inhibitione facta sine
 causæ cognitione. ibid.
 Possessio ejusque emolumentum apud quem man-
 neat, dum lis agitur & pendet. 15. 314
 Possessio non amittitur per sequestrum nisi id
 specialiter agatur. ibid.
 Possessio jus offerendi pignoris præstat creditori
 17. ibid.
 In possessionis veræ momentaneæ causa non po-
 test appellari, secus in causa detentationis. ib.
 Possessio quoad acquisitionem, & quoad reten-
 tionem facti est. 1. 316
 Possessio absque aliquo actu corporali non ac-
 quiritur. 4. 317. & 6. & seqq. 329
 Possessio neque acquiritur neque amittitur nisi
 animo & corpore simul. 6. 318. & 1. 328
 Possessionis multiplicis exempla afferuntur. 7. &
 seqq. 318
 Possessio realis in cæpta per unam partem fundi,
 non extenditur realiter per totum fundum. 11. 319
 In possessione utilitatis causa plura recepta sunt.
 2. 322
 Ad possessionis acquisitionem, retentionem, vel
 amissionem animus & affectus debet interve-
 nire. 5. 323
 Possessionem quare furiosus amittere nequit. 6. ib.
 Possessio castri tradita censetur, si tradatur civitas
 vel Ecclesia, cujus est castrum. 3. 329
 Possessio

& Verborum.

Possessio rerum hæreditariarum non transfer-
 tur ad hæredem per aditionem hæreditatis. 6. ibid.
 Possessio an acquiri possit sive reali apprehensio-
 ne quando iudex eam transfert. 7. 330
 Possessio quoquo modo nanciscatur, necessaria est
 rei traditio. 8. ibid.
 Possessio an transferatur traditione instrumento-
 rum? 8. ibid.
 Possessio feudi an transferatur traditione gladij,
 vexilli, &c. ibid.
 Possessio an transferri possit nuda domini volun-
 tate. 10. 331
 Possessio per ingressum fundi permitte, vel
 non prohibente domino acquiratur? ibid.
 Possessio rerum Monachi an ipso religionis in-
 gressu in monasterium transferatur. 11. ibid.
 Possessio an transferatur declaratione in literis
 facta de traditione rei ibid.
 In dubio semper statur instrumento. ibid.
 Possessio an acquiratur per appositionem custo-
 diæ? 12. 333
 Possessio an acquiratur rei consignatione? ibid.
 Possessione fundi acquisita an rerum sub terra de-
 fossarum possessio acquiratur? ibid.
 Possessio an transferatur alienatione rei facta re-
 servando in ea usum fructum, vel aliud jus? ibid.
 Possessio an transferri possit statuto, aut lege ab-
 que traditione? 14. 332
 Possessione emphyteusis legata an transferatur
 possessio? 15. ibid.
 Possessio, an transferatur eo pacto, quòd possessio-
 re non solvente res cadat in solum? ibid.
 Possessio rei legatæ ad pias causas an ipso jure in
 legatarium transferatur? ibid.
 Possessio an acquiratur per constitutum? 16. &
 seqq. 332
 Possessio constituti an extinguatur morte consti-
 tuentis. ibid.
 Possessio an acquiri possit ratione accessionis. 18.
 333
 Possessione dignitatis, territorij, jurisdictionis ac-
 quisita, acquiritur possessio omnium quæ eis
 accedunt. 29. ibid.
 Possessio ferarum quomodo & quando acquirat-
 ur. ibid.
 Possessio piscium in stagno contentorum, aut fe-
 rarum in sylvis reclusarum an habeatur? ibid.
 Possessio apium, aut columbarum consuetudinem
 cundi, & redeundi habentium, an teneatur? ibid.
 Possessionem retinemus per eos qui nostro nomi-
 ne sunt in possessione. 2. 335
 Possessio neque acquiri, neque amitti potest abs-
 que animo & corpore simul. 2. ibid.
 Possessio civilis amittitur in consequentiam amisi-
 sæ possessionis naturalis. 5. 336
 Possessio ex eo quòd non possit acquiri nisi simul
 animo & corpore, non potest amitti, nisi
 utrumque concurrat. ibid.
 Possessio rerum mobilium an intervertatur negle-
 ctâ custodia, antequam ab alio occupetur. 6. 337
 Possessionem naturalem animo retineri quo sensu
 dicatur? 7. & 10. 337. 338
 Possessionem retinens animo, postquam ad eam
 corpore rediit, nunquam ab ea discessisse cre-
 ditur. 7. 337
 Possessio cum facti sit an fingi possit, nullo posses-
 sore subsistente. ibid.
 Possessio non tantum corporis est, sed & juris? ibid.
 Possessio semel quaesita facilius retinetur, quàm
 amittitur. 8. ibid.
 Possessio per eisdem modis acquiritur, quibus
 amittitur. 11. 338
 Possessionem amitto si rem mihi traditam alij tra-
 didero, vel de ea vi dejectus sim. ibid.
 Possessionem adhuc animo retinemus, si servus
 filius, vel alii, per quos possidemus, discesserint
 à possessione. ibid.
 In Possessione amittenda quantum interfit an per-
 nos, an per alios possideamus? 12. 339
 Possidendi animus si non potest poni in actu, vel
 constituerimus nolle nos possidere, amittimus
 possessionem. 13. ibid.
 Possessio rerum mobilium facilius quàm immobi-
 lium amittitur. 14. ibid.
 Possessio an amittatur fundi inundatione, & an
 ea possit per piscationem retineri. 15. ibid.
 Possessio an amittatur si is, qui in nostra potestate
 est, rem contractaverit? 16. 340
 Possessio servi fugitivi an intervertatur? ibid.
 Possessionis amittendæ aliqui modi referuntur. 19.
 ibid.
 Possessio amittitur per dationem pignoris. 23. 341
 Idem contingit per sequestrum. ibid.
 Possessio tot modis probatur, quibus acquiritur.
 1. 342
 Possessio probata manet probato modo acquiren-
 di dominij. ibid.
 Possessio probatur probatâ insistentiæ rei. 2. ibid.
 Possessio an probetur legitime probatâ fructuum
 perceptione? ibid.
 Possessionis causa quomodo terminanda sit? ibid.
 Possessionis probatio an rectè deducatur ex agro-
 rum cultura? ibid.
 Possessio an probetur ex receptione pensionum. ibid.
 Possessio an probetur ex libera facultate locandi
 aut alienandi rem? 3. 342
 Possessio, vel quasi possessio an probetur ex solu-
 tione, & exactione collectæ? ibid.
 Possessio quibuscumque actibus possessoris pro-
 batur. ibid.
 Possessio probatur quibuscumque communibus
 probationum speciebus. ibid.
 Possessio an possit probari testibus singularibus.
 ibid.
 Possidere an quis possit unam rem ex pluribus
 causis? 4. 342
 Possessionis causam neminem sibi mutare posse
 quomodo intelligatur. 4. & seqq. ibid.
 Possessione prima dimissa ex alia causa possidere
 quis potest. 3. 343
 Possidens suo nomine potest alieno nomine pos-
 sidere. ibid.
 Possessio quæ sit vera, juris, & facti participatio-
 nem habet. 7. ibid.
 Possessio quo modo dicatur meti facti. ibid.
 Possessio cum proprietate in quibus causis nihil
 habet commune? 8. ibid.
 Possessorium intentari potest pendente iudicio
 vindicationis. ibid.
 Possidet pignus creditor naturaliter, etiam si illud
 iterum precario dederit debitori. 16. 284
 Possessio amittitur statim quo quis non vult possi-
 dere; dominium non item. 8. 343
 Possessio, & proprietate in quo convenient? 9. 344
 Possidere ab alio possessore, vel pro possessore pos-
 sidere quid significet? ibid.
 Possessionis anterioris accessio tam in hærede
 quàm in simplici possessore. 10. 348
 Possessor adversarium à quo possidet, non vincet
 ex eo quòd possideat. 11. 98

Index Rerum,

Possessor partis pro indiviso non possidet certam & determinatam partem. 11. 184
 Possideri an possit res, quæ in commercio non est? 3. 272
 Possidentur propriè res sive mobiles, sive immobiles. 6. 273
 Possidentur impropiè res incorporales. ibid.
 Possidentes sibi sive affectione domini, sive sine ea affectione civiliter possident. 1. 275. & 2. 279
 Possidet affectione domini quisquis dominus est vel credit se esse dominum. 1. 275
 Possidentes pro suo, pro donato, pro hæredi &c. affectione Domini possident. ibid.
 Possessores sunt illi, quibus contra leges donatur. 5. 276
 Posside sibi suoquè nomine qui vi aut clam fundum ingreditur. ibid.
 Is contra Dominum non habet interdicta, contra cæteros habet. ibid.
 Possidet quicumque servitute aliqua suo nomine utitur. ibid.
 Possidet aliis colonus, inquilinus, atq; servus. 6. 277
 Non possidet depositarius, commodatarius, & locator. 7. ibid.
 Possidet aliis qui custodiæ causa in possessionem rei mittitur. ibid.
 Possidentes suo nomine an possint alieno nomine possidere. ibid.
 Possidentes aliis an sibi aliquando possint possideret ibid.
 Possidere conductor an possit, & quando possideat ibid.
 Possidentes servitutum non possunt dici propriè possidere. 2. 279
 Possidere potest Dominus nomine creditoris pignoratitij. 11. 283
 Idem potest fructuarius facere nomine emptoris. ib.
 Possidere alieno nomine, & pro alieno possidere in quo differant. 12. ibid.
 Possidere pro alieno quid sit & quem effectum habeat. 4. 287
 Possidere vi quid sit? 5. 295
 An possideat clam qui possidens bona fide, postea celavit rem, cognoscens esse alienam? ibid.
 An possideat clam Dominus qui rem suam clam aufert ignorante bonæ fidei possessore? ibid.
 Possessor malæ fidei est emptor, qui ignorante venditore rem accipit. 9. 293
 Possidere mala fidei rem suam an aliquando Dominus possit? 7. 296
 Possessor malæ fidei an sit qui emit rem in fraudem creditorum. ibid.
 Possessor malæ fidei omnes fructus restituere tenetur. ibid.
 Possessor bonæ fidei post sententiam contra eum latam restituit fructus perceptos à tempore litis contestationis. 10. 296
 Possidet pro alieno qui rem alienam sciens emerit. 12. 297
 Possidet mala fidei qui sciens emit ab eo, cui bonis interdictum est. 13. 298
 Possidentes dicuntur beati. 1. 303
 Possessor onere probandi adversarium onerat. 9. 312
 Possessor potior est quàm qui non possidet, quamvis iste causam habeat. ibid.
 Possessor titulum possessionis neque allegare neque probare tenetur. 10. ibid.
 Hoc diversum est in causa petitionis hære ditatis. ibid.
 Possessor spoliatus possessione an possit facto suo recuperare eam? 11. 312
 Possidentis conditio potior est in causa equali. ib.
 Possessor secundo loco contrahens præfertur primo contrahenti non possessori. ibid.
 Possessor tertius ex causa constituit an possit impediti executionem? 14. 313
 Possessores castri & prælaturæ compellunt debitores, ut sibi solvant, dum lis pendet. 15. 314
 Possessori an danda sint alimenta & litis expensæ post totale sequestrum. ibid.
 Possessor timens perturbari in sua possessione officium iudicis implorare potest. 16. ibid.
 Possessor justus non inquietatus potest petere se declarari possessorem. ibid.
 Possessor actionem movens si vincatur, non condemnatur in sumptibus litis. 17. ibid.
 Possessor qui partem habet bonorum ejus, cujus bona veniunt, quid facere possit. ibid.
 Possessor ubi est non dicitur res vacans. ibid.
 An idem dici Possit ubi est nudus detentor. ibid.
 Possessor ut possidere dicatur, nihil interest an justè, an injustè possideat? 5. 317
 Possidet verè qui vi alterum dejicit à possessione. ibid.
 Possessor propter ingressum alterius in fundum non statim amittit possessionem. 6. 318
 Possideri possunt solum ea, quæ in commercio sunt. 1. 322
 Possideri non possunt res religiosæ, sanctæ, liber homo, res communes, neque publicæ. ibid.
 Possidere an municipes possint. 2. ibid.
 Possidere quæ persona possint. 5. 323
 Possidentes intellectum & voluntatem possidendi habere debent. ibid.
 Possidere incipere non possunt furiosus, & pupillus infans sine tutoris autoritate. ibid.
 Possideri non possunt incertæ res, vel rei certæ incerta pars. 1. 328
 Possideri quo modo possint plures fundi unius fundi apprehensione. 3. 329
 Possessio in deposito non transfertur, & deponenti res restituenda est. 13. 229
 Possideri res mobiles possunt. 5. 270
 Positivum aliquando sumitur pro superlativo. 1. 361
 Posthumo alieno olim non poterat legari. 14. 362 & 26. 89
 Posthumi alieni servus olim potuit hæres institui. ibid.
 Posthumus pro nato habetur quando de ejus utilitatibus agitur. ibid.
 Posthumus nondum natus neque homo esse videtur. 22. 87
 Posthumus qui non speratur nasci, neque in utero fuisse creditur. ibid.
 Posthumi alieni hæredes legitimi esse poterunt, non verò testamentarij. 26. 89
 Posthumus hæres institutus olim adjuvabatur à prætore. ibid.
 Posthumus alienus legatarius olim non adjuvabatur à prætore. 27. 89
 Posthumo alieno potuit olim restitui hæreditas fidei commissaria. ibid.
 Potestas dominica in odium servorum inducta fuit. 7. 19
 Potestas dominica non potest converti in hoc, ut per servos Domini amittant. 18. 55
 Potestas quæ in personam est, majori ratione ad bona extenditur. 4. 112
 Potestas vitæ necisque parentibus concessa fuit. ib.
 Potestas

& Verborum.

Potestas vitæ necisque parentibus simul, & dominis sublata fuit. 10. 114
 In ea adhuc observatur differentia inter parentes & dominos. ibid.
 Præcepta jurisprudentiæ explicantur. 6. 191
 Præceptum, *honeste vivere*, ut genus alia duo præcepta continet. ibid.
 Postquam illud præceptum abiit in alias duas species certas, nomen generis retinuit specialiter sumptum. ibid.
 Prædia ipsa ad tempus vel conditionem neque dari, neque deberi possunt. 12. 175
 Prælegari, & simpliciter legari nulla datur juris differentia. 7. 164
 Prædo pignoratia actione recuperat rem, & fructus. 1. 97
 Prædo fructus perceptos ex re pignorata non facit suos. ibid.
 à Prædone percepti fructus, & vindicantur stantes, & condicuntur consumpti. ibid.
 an Prædonis fiant fructus quos percepit bonæ fidei possessor post rem prædoni restitutam? ibid.
 Prædoni priori an detur actio adversus prædonem posteriorem. 2. & 4. 98
 an Prædoni competat præscriptio longi temporis ad recipiendos fructus, quos percepit à creditore. 3. 98
 Prædoni in quo potuit prodesse bona fides creditoris, ostenditur. 4. ibid.
 Prædo nemo qui precium numeravit, dici potest. 12. 197
 Prætor hæredem facere non potest. 20. 23
 Prætor mittit in possessionem bonorum latitantium creditorem qui præsentem habet actionem. 11. 150
 Prætoris officium fit minuere lites. 20. 264
 Præscriptis verbis nulla actio est quæ non sit vel ex contractu, vel ex facto, vel in factum. 1. 190
 Præscriptis verbis nomen convenit omnibus actionibus, etiam proveniant ex contractibus certis. 5. 191
 Postquam nomen generis præscriptis verbis abiit in species contractuum nominatorum, genus suum quandam constituit speciem. 6. ibid.
 Præscriptis verbis actio postquam subsit causa obligationis, oritur ex præscripta lege conventionis. 8. 192
 Præscriptis verbis actio directa est, & quare appellatur *præscriptis verbis*? ibid.
 Præscriptis verbis actio quid sit? ibid.
 Præscriptis verbis actionem directam esse argumento apertissimo probatur. 9. ibid.
 Præscriptis verbis actiones directæ sunt ad certam speciem conventionis. 10. 193
 Præscriptis verbis actionis sunt certæ, licet proveniant à contractibus incertis. ibid.
 Præscriptis verbis actio sine conventionione expressa oriri non potest. 13. 194
 Præscriptis verbis actio excludit interdictum de precario. ibid.
 Præscriptis verbis actio an detur ex delictis. 1. 196
 Præscriptis verbis actio non datur, ubi datur coërcitio extraordinaria. 2. 197
 Præscriptis verbis, & in factum actionis, titulus an rectè correspondeat ordini omnium actionum, quem tradit Ulpianus in l. 5. §. 1. D. de obligat. & actionib. 3. ibid.
 Hieronym. Oroz, de Apicib. Jur. Civil.
 Præscriptis verbis actio ultrò citroque est æquè principalis. 6. 102
 Præscriptis verbis actioni inest actio ex facto. ibidem.
 Præscriptis verbis actio, quæ datur ex facto, passim appellatur in factum. ibid.
 Præscriptis verbis actio an concurrere possit cum conditione naturali? 5. 125. & 2. 204
 Præscriptis verbis actioni inest actio in factum, non è contrà. 7. 205. & 4. 226
 Præscriptis verbis actio si prius non remouentur, non potest dici conditionem existere. 9. 206
 Omnis Præscriptis verbis actio civilis est. ibid.
 Præscriptis verbis actio directa est, & non potest concurrere cum conditione utili. 9. & 24. 206. 210
 Vide verbum, *Actio*.
 Præscriptis verbis actio cur non detur quando dos datur à patre cum pacto de ea reddenda. 12. 207
 Præscriptis verbis actione præcisè agitur in conventionione de alia re reddenda quàm quæ data est. 13. ibid.
 Præscriptis verbis actio quare ad hæredes transmittatur? 18. 209
 Præscriptis verbis actionem utilem esse quo argumento interpretes credant. 20. ibid.
 Præscriptis verbis actiones omnes an bonæ fidei sint, an stricti juris? 24. 210
 Præscriptis verbis actio communis est omnium contractuum innominatorum. 1. 213
 Præscriptis verbis actio uberior est conditione utili. 16. 117
 Præscriptis verbis actio inest omni actioni empti, & venditi. 4. 225
 Præscriptis verbis actione an excludatur actio ex empto, & vendito? ibid.
 Præscriptis verbis actio generalis est omnibus contractibus, in quibus præcedit conventio. ibid.
 Præscriptis verbis actione incerta ex contractibus certis agi potest. 5. ibid.
 Præscriptis verbis actio quare dicatur actio in factum civilis. 6. 227
 ad Præscriptis verbis actionem itur quando dubium est de actione competenti. 8. ibid.
 Præscriptis verbis actio an possit concurrere cum actione furti? 10. 228
 Præscriptis verbis actio quasi libet alias bonæ fidei actiones comprehendit. 9. 234
 Præscriptis verbis actiones omnes bonæ fidei sunt. 6. 242
 Præscriptis verbis actio quo modo detur ad exemplum alterius contractus certi. 15. 245
 Præscriptis verbis actioni inest etiam conditio in debiti. 25. 248
 Præscriptis verbis actio est actio incerti. ibid.
 Præscriptis verbis actio quare detur in insulis adificandis, & debitoribus exigendis. 3. 253
 Præscriptis verbis actio excludit actionem mandati. ibid.
 Præscriptis verbis actione quid cõsequatur. 19. 263
 Precarium contractum esse ostenditur. 13. 194
 Precarium sine expressa conventionione de reddenda re non est contractus. ibid.
 Precarium ubi non præcessit conventio de reddenda res magis donatio est quàm contractus. ibidem.
 Precarium interdictum excludit actio præscriptis verbis. ibid.
 Precario rogans an possideat rem precario acceptam? 3. 272
 Precario

Index Rerum,

Precario dans civilem, & naturalem possessionem an maneat possessor? 25. 291
 Precarium in quo intervenit conventio de reddenda re, est contractus incertus. 14. 194
 in Precario quare nascatur, actio præscriptis verbis? ibid.
 Precarium interdictum an possit concurrere cum actione præscriptis verbis? 15. 195
 Precarium interdictum, & actio præscriptis verbis in diversis personis concurrere possunt, ibidem 15. 291
 Probari debet omnis actus ut credatur factus. 17. 380
 Pro derelicto habitæ rei an statim dominium amittatur? 9. 377
 Proculejanorum, & Sabinianorum scholæ undè ortæ fuerunt. 13. 320
 Prohibetur frustrâ quod etiamsi permittetur, non possit fieri. 6. 191
 Procuratori in re sua constituto an debeat ante litis contestationem. 7. 221
 Procuratore mortuo ante litem contestatam an ejus hæres utiliter agat? ibid.
 Procurator in rem suam ante litis contestationem procurator tantum est. 8. 222
 Procurator non habens mandatum actis insinuat, aut præsens dominus eum confirmaret, antiquitus satisfationem præstabat. 7. 357
 Procuratori rei satisfactio iudicatum solui in nullo eventu remittitur. ibid.
 Procurator actoris mandatum habens quare non satisfact, & procurator rei satisfact? 7. & 8. 289
 Procurator ad defendendum non poterat constitui nisi dato fidejussore de iudicato solvendo, & de dolo malo abfuturo. 20. 358
 Proprietas sine usufructu redditur inutilis. 9. 14
 Proprietas plena quando, & quare dicatur. ibid. 4. 351
 Proprietatis causa perpetua est, & non nisi semel vindicatur, vel legatur. 10. 175
 Proprietatem quare dicatur eo tempore, quo vindicatur, legari. 16. 176
 Proprietates inutilles forent si semper separatus esset usufructus. ibid.
 Proverbium hoc, *cursu lampadem trado*, undè provenit. 3. 310
 in Proheredis gestione animus, & factum simul sunt necessaria. 8. 324
 Publica quæ dicantur, & eorum usus an singulorum sint? 9. 318
 Pupillus rectè absque intore agis in his quæ sunt meri juris naturalis. 14. 291
 Pupilli res emptæ absque solemnitate an ufucapi possit? 15. 299
 Pupilli nomine infans quoque significatur. 8. 324
 Pupillus, pupilla, & infans quis dicatur. ibid.
 Pupilli distinguuntur in majores infantia, & infantes. ibid.
 Pupillus infantia proximus quis dicatur. ibid.
 Pupillus possessionem sine auctoritate tutoris quare acquire possit? 10. 324
 Pupillus sine tutoris auctoritate meliorem suam conditionem facere potest. ibid.
 Pupillus quare non possit contrahere pacta sine tutoris auctoritate. ibid.
 Pupillus in quibus contractibus rectè obligati potest sine tutoris auctoritate. 11. 325
 Pupillus cur non possideat, etsi corpore rem tangeat. 4. 272

Q

Quantitas in rebus, quæ usu consumuntur, idem est ac dominium in rebus quæ fruuntur saluâ earum substantia. 8. 260
 Quæ dubitationis tollendæ causa designata sunt, jus commune non lædunt. 15. 295
 Quæ natura sua intelliguntur. exprimi necessarium non est. 4. 172
Quinas mercedes, apud Horatium quid significet. 6. 233
 Quod ex aliquo eventu pendet, adhuc non est, nec de eo queri potest. 23. 56
 Quod quis non potest ex sua persona, sæpè potest ex aliena. 1. 97. & 13. 150
 Quod interest mercis loco cedit. 18. 120
 Quod per consequentias contingit, non attenditur in jure. 6. 148
 Quod magno negotio recipitur, non est producendum ad consequentias. 2. & 8. 231. 133
 Quod per te possum erga alium, non possum erga te ipsum. 2. 231
 Quod restituitur ejusdem bonitatis esse debet quàm quod datum fuit. 12. 235
 Qui non facit quod facere debet, videtur facere quod non debet. 9. 143

R

Ratio naturalis æquè inter omnes expressit jus gentium. 11. 104.
 An in Ratione naturali sola exprimente jus gentium, illud constituatur? ibid.
 Ratio naturalis ante usum gentium non est jus gentium. ibid.
 Rationis naturalis usus apud omnes non potuit simul incipi. ibid.
 Rei suæ quilibet moderator, & arbiter est. 5. 108
 Redemptus ab hostibus deterioratam libertatem habet. 7. 113
 Regulæ definitio in communi, & de variis regulæ definitionibus remissive. 2. 1
 Regulæ juris omnes undè proveniunt. 3. 2. 1. 12. & 9. 183
 de Regulis juris titulus quare *juris antiqui*, appellatur. 3. 2
 Regula, *quæ ab initio inutilis fuit institutio*, &c. non fuit in legatis satis clara. 2. 13
 Regula, *quod ab initio vitiosum est*, &c. circa contractus solos fuit introducta. 3. ibid.
 Regula hæc an per regulam Catonianam extensa fuerit ad institutiones hæredum. ibid.
 Rebus judicatis salus Reipublicæ consistit. 2. 355
 Reipublicæ causâ absentium datur restitutio ex omni læsione. 22. 38
 Reipublicæ causâ, absentium familia, & domus, fidei virorum illustrium committebatur. ibid.
 Reipublicæ quare interfit mulieres esse dotatas. 3. 404
 D. D. Francisci de Ramos doctrina laudatur 30. 90
 Reivindicatio non competit nisi ei qui dominus sit. 2. 111. & 1. 310
 Reivindicatio an dari possit in l. 16. D. de præscript. verb. 28. 249
 Reivindicacionem durare post factam transactionem quare dicatur, in l. 28. Cod. de transact. 12. 261

Rei

& Verborum.

Rei judicatæ statur & etsi sententia sit iniqua. 15. 262
 Res judicata an pariat actionem civilem. 3. & seqq. 356
 Res judicata non potest perimere naturalem obligationem. 2. 155
 Rei uxoriæ actione agitur etiam ubi non adfuit conventio de reddenda dote. 4. 204
 Rei uxoriæ actio quare non transmittatur ad hæredes. 18. 209
 Relegatio ex sui natura non auferit bona relegato; ex sententia judicis auferre potest. 6. 117
 Relegatus nihil eorum quæ in civitate habuit, amittit. 17. 119
 Relegatione nullum caput eximitur à civitate. ibidem.
 ad Repetitionem rei traditæ sufficit traditio sola absque conventionem. 32. 135
 post Repetitionem rei suæ creditur illam nunquam abuisse. 17. 208
 Repetitio ejusdem rei, vel æstimationis esse debet 14. 246
 Repudiare potest qui potest acquirere. 13. 7
 Res mea sub pactione *ut iterum eam recipiam* alienata, creditur nunquam alienata. 21. 247
 Res legatarij amplius ejus fieri nequit. 12. 15
 Res legatarij sub conditione ei legari potest. ibidem.
 Res eadem sapius præstari non potest. 1. 81
 Res quæ alicujus est, ejus amplius fieri nequit. ibidem.
 Res sunt infinitæ, voces ad res significandas finitæ. 5. 191
 Res corporales, mobiles, & immobiles commodari possunt, incorporales verò commodari non possunt. 8. 228
 in Re obscura favetur repetitioni potius quam adventitio lucro. 2. 303
 Res quæ possidentur, quare debeant esse corporales. 5. 173
 Reus accusatus quare nova munera non accipiat, & pristinam dignitatem retineat. 9. 338
 Retentionem loco dationis esse pluribus legibus probatur. 2. 258
 Riparum usus quare sit communis, & ripæ ipsæ singulorum sint. 8. 337
 Rogatus rectè ab Accursio reprehensus. 9. 35.

S

Sabinianorum & Proculejanorum scholæ undè ortum habuerint. 13. 320
 Sabinianorum sententia quare obtinuerit in l. 3. C. de posthum. hered. inst. & 5. 26. Instit. de rer. divis. ibid.
 Satisfactio iudicatum solui quare difficilius tollatur quàm satisfactio ratam rem haberi. 10. 358
 Servitutes prædiorum perpetuæ sunt. 10. 53
 Servitutes prædiorum neque ad tempus, neque ex tempore, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt. ibid.
 Servitutes prædiorum neque in bonis, neque extra bona nostra sunt. 11. 175
 Servitutes prædiorum sunt ipsa prædia qualiter se habentia. ibid.
 de Servitutibus istis quare non dicatur quotidie constitui, & legari, sicut dicitur de usufructu.

ctu. ibid.
 Servitutis species est cogi quemquam rebus suis semper adesse. 6. & 8. 288. 289
 Servitutes prædiorum an possint à pluribus insolidum possideri? 9. 318
 Scævola modus respondendi notatur. 34. 70
 Scævola fuit ætate superior Divo Marco. 2. 138
 Scientia rei alienæ non est proxima mala fides. 8. 296
 Scripturæ ordo non impedit causam juris & voluntatis. 16. 85
 Sedes appellatur domicilium in aliquibus legibus. 3. 269
 Servo hæredis instituti an purè legari possit? 2. 3
 Servus ex quacumque causa acquirit domino. ibid.
 Servo alieno directa libertas non potest relinquere. 8. 5
 Servi hæredis instituti domino rectè legatur. 1. 9
 Servo ante agnitionem legati mortuo simulquè ejus domino ad hæredes domini transfert jus agnoscendi legatum. 18. 111
 An servo hærede mortuo diversum sit. ibid.
 Servus legatus, deinde manumissus, & iterum vivo testatore in servitutem redactus, debetur. 7. 14
 Servus neque caput neque personam habet. 4. 18
 Servi acquirunt dominis invitis. ibid.
 Servi quingenti occisi pro vindicanda morte unius Senatoris. 7. 19
 Servo hærede instituto dominus solus repudiare potest hæreditatem. 5. 4. 14
 Servus omnino est incapax sibi acquirendi. 1. 30.
 Servi testamenti factionem passivam non habent nisi à suis dominis. 8. 34
 Servus ejus, qui non potest esse hæres, institui non potest. ibid.
 Servus regulatiter in caput domini torqueri non potest. 9. 35
 Servus adulter non potest hæres institui à domina, cum qua adulteravit. ibid.
 Servi persona inspicitur ad validitatem legati. 14. 36
 Servus posthumi olim potuit hæres institui. ibid. dem.
 Servo creditoris legari potest quod domino purè debetur. 2. 42
 Servus testatoris sine libertate non potuit olim hæres institui. 16. 55
 Servus communis cum libertate heres institutus consocio accrescit. 18. ibid.
 Servus communis totus alterius videtur in his quæ alteri non possunt acquiri. ibid. dem.
 Servus communis alterius domini rem alteri nominatim stipulando ei acquirit. ibid. dem.
 à Servo facilius bona transcutunt ad dominum quàm ex domino ad servum. ibid. dem.
 Servo necessariò hærede instituto bona veniunt sub nomine servi. 24. 47
 Servus necessarius hæres institutus non magis patrimonium quàm infamiam consequitur. ibid.

O o

Servus

Index Rerum,

Servus manumissus in fraudem creditorum sit statu liber.	2. 60
Servo vendito, vel pignorato in perpetuam servitutem idem quod de manumisso in fraudem creditorum dici debet.	7. 62
Servo alieno libertas pura per damnationem in testamento potest relinqui.	16. 64
Servus sine libertate tutor dari non potest.	30. 68
Servus pignoratus manumissus sit quasi statu liber. ibid.	
Servus communis est singulorum pro partibus indivisis.	10. 83
Servus jure civili nullum caput & statum habet.	1. 111
Servi & filij familiars in quo conveniant.	ibid.
Servus pœnæ nullus liber esse potest.	8. 118
Servi pœnæ nulla restitutio sperari potest. ibidem.	
Sequi manumissus pro mortuo habetur.	14. 128
Servus, cui mora facta est in manumissione ipso jure liber efficitur.	1. 138
de Servis donatis ut manumitterentur intra certum tempus an idem dici debeat.	2. ibid.
Servi animati traditio ut de eo quaestio habeatur, est datio ex parte domini, formatque actionem contra accipientem.	3. & seqq. 231
Servus & ejus aestimatio non debentur simul in l. 8. D. de praes. verb.	7. 142
Servi periculum, qui vel moritur, vel deterioratur, ad quem spectet in dist. 8.	8. 143
Servi quaestio excessus in hac quaestione attendendus est.	ibid.
Servus per maleficium potest facere deteriore causam domini.	ibid.
Servo sine conventionem accepto, torto, & absoluto an & qua actione agi possit?	ibid.
Tunc accusator in quo condemnetur.	ibid.
Servus sine peculio esse potest, peculium vero sine servo non potest.	2. 161
Servus vicarius quare non sit accessio servi ordinarii.	4. 163
Servo communi olim data per unum ex dominis libertate pars servi alteri domino per jus accrescendi acquirebatur.	1. 180
Servus communis, data ei ab uno ex dominis libertate, pro derelicto habebatur.	3. & 11. 180. 184
Servus respectu domini nihil in peculio habere creditur nisi quod ex justa causa peculij acquisierit.	3. 294
Servus capacitatem acquirendi à domino habet.	11. 307
Servus, quidquid acquirit nullo instanti apud eum esse potest.	ibid.
Servus alienus nomine meo possidens mihi potest acquirere possessionem.	13. 326
Servus ratione potestatis & domini omnia domino acquirit.	ibid.
Servus & filius familiars nisi justam possessionem ex causa peculiari acquirunt.	15. 326
de Servo fugitivo plurima remissive.	17. 140
per Servom fugitivum acquiruntur res, & earum possessiones.	ibid.
Servi communis partes ut fiant intellectu & non corpore, unde proveniat.	3. 385
Servo communi usufructus legatus eodem jure fit, ac si singulis dominis totus usufructus legaretur. ibid.	
Sequester sibi suoque nomine possidet.	4. 276
in Societate distractionis uterque dominus socius est.	19. 246
in Societate utriusque utilitas vertitur, & diligentia simpliciter praestatur.	20. 367
Socius culpam supra artem tenetur praestare. ibid.	
in Societate simplici socius non praestat nisi exactam diligentiam.	ibid.
Solutio qua ratione dicatur facti esse.	1. 9
Solutione unica extinguuntur omnes de una re praestanda obligationes.	14. 46
Solidium singularis dari non potest.	1. 81
Specialia derogant generalibus.	25. 67. & 7. 205
Species à suo genere deduci debet.	2. 100
Sponsione facta ex causa honesta vel inhonesta quid statuatur.	13. 219
Statuta favorabilia loquentia de possessoribus an extendantur ad nudos detentores.	6. 312
Stipulationem dividualum, vel individualum tractus Caronis.	1. 1
Stipulatio ex praesenti vires accipit.	9. 19
Stipulante patre, à filio nulla nec civilis nec naturalis oritur obligatio.	35. 27
Stipulans animo stipulandi ex stipulatione inutili nec naturaliter tenetur.	ibid.
in Stipulatione personarum conjunctio unam stipulationem dividit in plures.	15. 85
in Stipulationibus initium semper spectatur. ibid.	
Stipulatio semper pertinet ad negotium contractum.	1. 100
Stipulatio ratione verborum inutilis neque naturalis obligationem producit.	6. 102
Stipulatio apud Romanos an juris gentium esse potuit.	9. 203
de Stipulatione quare concipiatur quaestio in l. 28. §. 1. de legat. 1.	23. 50
ex Stipulatione inutili non nascitur utile pactum.	13. 28
Stipulationes inventae sunt ut unusquisque acquirat quod sua interest.	1. 172
Stipulatio alteri per alterum facta inutilis est, & quare.	ibid.
Stipulari servus domino suo potest.	2. 172
Stipulatio cum poena alteri per alterum facta subsistit.	3. 173
Stipulatio si mihi aut Titio solveris valet, & Titius tantum solutioni adjicitur.	5. & seq. ibid.
Stipulatio quomodum concipienda sit, ut extraneus adjunctus sit.	ibid.
Stipulatio de usufructu, & stipulatio de proprietate circa nullum distat.	9. 174
Stipulatio, seu legatum usufructus, quod unum est, an videatur redigi ad plura.	11. 175
Stipulando plures res regulariter fiunt plures stipulationes.	19. 263
Stipulatio rem tradi an contineat dominij transactionem?	1. 310
Stipulatio rem dari an contineat possessionis & dominij transactionem?	ibid.
Succesor particularis non tenetur creditoribus hereditariis.	24. 57
Substitutio pupillaris unde originem trahat.	5. 112
Substitutio pupillaris quare dicatur moribus introducta?	ibid.
Supplicium ultimum an pro deportatione accipi possit.	2. 375

T

Regula detractae ab edificio quare sunt edificij, secus

& Verborum.

secus vero praeparatae.	9. 338
Tenuta apud Italos quid sit.	2. 300
Tenere merum factum significat.	5. 273
Temporis brevioris ratio in jure regulariter non attenditur.	15. 339
Thesaurus positus in agro an possideatur ab agri possessore?	5. 329
Terentij locus refertur.	5. 148
Testamenti factio activa auferebatur testatori per status mutationem.	4. 13
Testamentum facere plus est quam testamentum factum conservare.	ibid.
Testamentum quod nullum est, rumpi non potest.	13. 21
Testamentum comprobatur per acceptionem bonorum possessionis.	ibid.
Testamentum validum supponit acceptio bonorum possessionis.	ibid.
Testamentum approbatum acceptione bonorum possessionis per quarelam inofficij non potest improbari.	ibid.
ex Testamento nullo nihil deleri potest.	19. 23
Testamentum per agnationem posthumi rumpi dicitur.	17. 48
Testamenta captivorum non convalescent nisi à lege Cornelia confirmantur.	ibid.
in Testamento omnia expediri debent & sunt scripta.	2. 81
ex Testamento an possit oriri ultro citroque actio.	3. 197
in Testamento nec falsa causa, quaecumque illa sit, necet.	17. 263
Testamentum ut valere possit, praeter solemnitates testandi mors testatoris sequi debet.	1. 368
Testamenti factionem quare dicatur esse juris publici.	6. 370
Testamenta quare ab alieno arbitrio pendere non possunt?	ibid.
Testamenti mancipatio, itemque nuncupatio quo modo fiat?	7. ibid.
Testandi libertatem nemo sibi constringere potest.	5. 108
Testandi facultas ut civibus daretur, necessaria fuit lex 12. tab.	1. 368
Testandi facultas nisi à lege, vel Principe haberi nequit.	2. 369
Testandi facultas libera & absoluta de omnibus rebus suis concessa fuit civibus.	4. 369
Testandi facultas haec per quas leges coangustata, & coarctata fuerit.	ibid.
Testandi potestas quoad modum an libera concessa fuerit civibus?	5. 370
Testandi prima forma à lege 12. tab. praescripta, qualis fuerit.	6. ibid.
Testandi secunda forma per as & libram à lege 12. tab. introducta fuit.	ibid.
in Testatione hujusmodi duo observanda crant.	7. ibid.
Testator in vitium naturale incidens testamenti factionem amittebat, testamentum tamen antea factum conservabatur.	4. 13
Testator pro parte, & pro parte intestatus nemo decedere potest.	7. 83
Testator potest prohibere alienationem rei suae.	6. 108
Testator prohibere potest usufructus constitutionem & oppignorationem.	ibid.
Testatorum voluntates & contrahentium summe differunt.	ibid.
quae Testatoris propria fuerunt, sunt communia herendum.	4. 197
Tituli D. si quis omiff. cau. testam. ratio redditur.	6. 152
Tribonianus honor, & textus in l. ult. D. de Cast. pot. cul. integer servatur.	39. 72
Traditio qua ratione dicatur facti esse.	1. 9
Traditio rei alienae non est sufficiens causa ut ego transferam dominum rei meae.	9. 215
Traditio rei nisi permaneat, non videtur facta.	18. 217
ad Traditionem veram quae debeant observari.	9. 377
Transactio an sit contractus innominatus. r. per tot. cap. 258	
Transactionem contractum esse varis locis & argumentis probatur.	2. & seq. 258
Transactio nullo dato, vel retento, vel promissa nulla est.	ibid.
Transactio an gratuita esse possit?	ibid.
Transactio an contractus certus sit?	ibid.
in Transactione conventio de aliquo dando vel faciendo praecedere debet.	3. 258
in Transactione conventio non est sufficiens causa ad alterum obligandum, donec discedatur à lite.	4. ibid.
Transactionis definitio per pactum facta reprobat.	4. ibid.
Transactio cui conventioni adaptanda sit.	5. 259
Transactio an possit excedere terminos transactionis.	6. ibid.
ex Transactione actio soli creditori transigenti competit.	7. ibid.
ex Transactione reo solum competit exceptio. ibidem	
Transactionis pacto quare olim consuevit inferri Aquilianam stipulationem?	ibid.
ex Transactione an olim fuerit modus agendi ante interpositam istam stipulationem.	ibid.
Transactionem quare dicatur pactum esse in l. 28. C. de transact.	ibid.
Transactio potest esse sine stipulatione, ubi sine ea tollitur actio ipso jure.	9. 260
ex Transactione actor agere contra rem potest actione praescriptis verbis, si actio pristina extincta fuerit.	11. 261
Transactio, & ceteri contractus incerti parium obligationem à re secuta.	ibid.
ex Transactione an agere reus contra creditorem possit, si à lite non discedat.	12. ibid.
ex Transactione an actor statim agere possit quod discedat à lite.	ibid.
ex Transactione reo nulla actio datur.	13. 262
ex Transactione aliquo casu datur actio etiam reo.	15. ibid.
in Transactione quantum intersit acceptionem in contenti ad jici.	16. 263
in Transactione non datur locus poenitentiae.	20. 264
in Transactione quando potest dari locus poenitentiae.	ibid.
inter Transactionem & legatum liberationis traditur differentia.	17. 263
Tutela testamentaria à testatore ipso proficiscuntur.	2. 76
Tutela est prorogatio quaedam patriae potestatis. ibidem.	
Tutela quare dicatur mandati jure patriae potestatis.	ibid.
Tutela	Tutela

Index Rerum,

Tutelæ definitio traditur, eaque cujus juris sit, ostenditur. 8. 406
 Tutorum habenti tutor dari non potest. 4. 76. & 8. 377
 Tutor testamentarius quandoque fiat, retrotrahitur ad mortem testatoris. ibid.
 Tutor dativus definit esse tutor adveniente conditione testamentarij tutoris. ibid.
 Tutores testamentarij esse non possunt, nisi qui habent testamenti factionem. 5. 77
 Tutores plures quando dantur, cui committenda sit administratio? 4. 173
 Contutores ceteri non sunt nisi tutores honorarij. ibid.
 an ad Tutores honorarios periculum Tutelæ pertineat. ibid.
 Tutor qui ob dolum remotus, sit infamis, etiam ob culpam latam infamatur. 4. 362
 Tutor sive datus, sive legitimus nemo esse potest usque ad perfectam ætatem. 5. 376
 Tutorem à pupillo eligi sibi non posse cur dicatur in l. fin. D. de manum. vind. 6. ibidem.
 Tutores mulierum quæ nubere poterant, à ceteris tutoribus differunt. 7. 377
 Tutores mulieribus an propter ætatem, an verò propter sexum dabantur? ibid.
 Tutores mulierum negotia earum gerere non potuerunt. ibid.
 Tutor à magistratu datur quando aliundè nullus tutor est. 8. 377
 Tutorem quare Prætor non potest dare jure prætorio. 8. 406

V

Vacuius circa possessionem civilem & naturalem refutatur. 4. & 7. 287. 289
 Valentia interpretatio ad l. 13. §. fin. D. de acquir. her. refutatur. 25. 25
 Valentia fundamenta quoad acquisitionem filiorum familiæ contra eum detorquentur. 28. ibid.
 Valentia objectioni factæ ex l. sue emancipato C. de donationib. responderetur. 38. 28
 Valentia explicatio ad l. 22. D. de fidejussorib. non probatur. 27. 89
 Venditio qua ratione dicatur facti esse? 1.9
 Vendita res ante solutum pretium pro non vendita habetur. 19. 130
 Venditio facta sub conditione, quæ est in potestate vendentis, nulla est. 16. 151
 Venditiones quibus olim fiebat emancipatio, veræ fuerunt, & non fictæ. 19. 178
 Circa venditiones istas verba l. 12. tab. referuntur. ibid.
 Venditiones illas Jurisconsulti in imaginarias converterunt. ibid.
 Venditio inter conjuges donationis causa minoris facta, qua tota nulla sit. 9. 338
 in Venditione, cujus partem pretij venditor remisit, quare diversum sit? ibid.
 Venditor servo vendito, & manumisso tenetur dare emptori ea omnia quæ habiturus erat, si servus non manumitteretur. 3. 348
 in Venditione an eadem diligentia exigi possit ac in commodato? 11. 364
 Venditioni forma, de qua in §. 1. Institur. de empr. & vendit. semper observata fuit. 19. 381

Venditio concepta sub illa forma semper fuit conditionalis. ibid.
 Verba, olim, media jurisprudentia, jus civile, antiquitas, vetustas, jus antiquum, &c. quid significant. 3. 2. & 6. & 9. 182. 183
 Verbum deferri, pertinere, diem legati cedere, pro eodem accipitur. 4. 4
 Verbum penè quem sensum habeat in l. 32. D. de acquir. hered. 11. 6
 Verbo illo quæ causa acquisitionis removeatur. ibid.
 Verbum ex legato irreptitum est in §. 3. Instit. per quas person. cuique acquirat. 13. 7
 Verba hac, rite, & rectè, in quo differant. 4. 13
 Verbum imputari, significat etiam idem quod verbum computari. 6. 30
 Verba tutius, verius, consultius, facilius, & similia, quid significant. 12. 35
 Verbi max. variaz acceptiones. 17. 37
 Verbum maximè auget difficultatem. 28. 68
 Verbum placuit de casu controverso decisionem significat. 44. 74
 Verbum nihil agit in aliquibus legibus quid significat? 45. ibid.
 Verbum ut plerumque pro relativo sumitur, & non pro adverbio. 9. 103. & 7. 108
 Ad id probandum adducuntur Plinij, & Ciceronis loca. ibid.
 Verbum, solet, quid significet? 24. 132
 Verba, veluti conditio, in l. 1. D. de legat. 1. de expressa voluntate intelligi debent. 7. & seqq. 148
 Verba illa, quid enim interest, dicta leg. explicantur. 10. & seqq. 150
 Verbum si, & verbum cum an differant. 17. 152
 Verbum si aliquando accipitur pro quia. 12. 20
 Verbi quanquam, significatio notatur. 12. 175
 Verba legis seu contractus, & mens legis an accomodari possint? 4. 201
 Verba hac do ut accidias, in contractibus bonæ fidei plerumque pro nuda datione, non pro translatione dominij accipienda sunt. 9. 215
 Verbum tutius, quid significet. 8. 227. & 9. 377
 Verbum dare absolute dominium transferre significat. 15. 237. & 24. 248
 Verbum eximi, quid significet? 27. 249
 Verbum permitti, quid significet in l. 16. D. de prescript. verb. 28. ibid.
 Verbum videtur aliquando impropriè, plerumque affirmationem continet. 6. & 8. 281
 Verbum obtinere quid significet? 5. 298
 Verbum intelligi quo modo accipiat. 9. 296
 Verbum fere ad quid adhibitum fuit in l. 153. D. de regul. jur. 6. 337
 Verbum verius quid significet. 9. 377
 Verecundia quomodo ab Aristotele definitur. 4. 10
 Versiculus ultimus plerumque non refertur ad proximum præcedentem. 7. 31. & 15. 64
 Vestutatis nomine an significantur ll. 12. tabul. 3. 2
 ad Vicissitudinis perpetuitatem significandam quid in ludis Vulcati, & Prometei fieri confus

& Verborum.

confueverat? 3. 350
 Vim inferentibus quæ pœna competat. 1. 375
 Vindicatio vide Revindicatio. ibid.
 Vis publica simulque privata quæ sit? ibid.
 Vinilis portionis nomine plerumque totum continentur. 24. 88
 Vitæ necessitæ potestas in servos dominis diutius patria potestate duravit. 6. 405
 Ultimæ voluntates non pariunt obligationem usque ad mortem testatorum. 7. 14
 Universis relicta n, idem debetur paucis ac pluribus. 22. 87
 Universitatis nomine contenti ac conjuncti esse possunt? 23. 88
 Universi an accipi possint, ita ut non faciant universitatem? ibid.
 Inter universos qui non constituunt universitatem, vel eos, qui constituunt, datur differentia. ibid.
 Universitatis jus in unoquoque servatur. 11. 166
 Universitas an persona apta sit ad possidendum? 2. & seqq. 21
 Universitas heres institui non potest. ibid.
 Universitatis persona an de dolo teneri possit? ibid.
 Universitas, vel civitas an propriè delinquere possit? 4. 323
 Voluntas mortui nulla est quæ mutari possit. 6. 14
 Voluntas testatoris legatis modum facit. 1. 81
 Voluntas testatoris integra servanda est. 28. 90
 Voluntas expressa, & ejus quæ inest causa diversa est. 7. 142
 Voluntas tacita non potest facere conditionem. 7. 148
 Voluntas quæ tacitè intelligitur, si exprimitur, facit conditionem. 18. 152
 quod ex Voluntate alicujus sit, non potest dici fieri contra ejus voluntatem. 7. 352
 Votum parentum circa liberos quid sit. 3. 350
 Voluntas testatoris ambulatoria est usque ad ejus mortem. 15. 176
 Usuræ instructis judiciis sine stipulatione non veniunt. 8. & seqq. 242
 Usuræ in contractibus bonæ fidei diversimodè debentur. ibid.
 per Usucapionem plerumque jus dominij acquiruntur. 15. 284
 Usucapio quare non inchoetur per possessionem acquisitam per procuratorem? 14. 326
 An idem dicendum sit de possessione acquisita per filium familiæ? ibid.
 Ususfructus omne rei emolumentum continet. 9. 14
 Ususfructus quare facilius quàm rerum dominia amittantur? ibid.
 Ususfructus non est qui non separatur à proprietate. 22. 24
 Ususfructus consolidatio an acquisitio sit ex parte proprietarij. ibid.
 Ususfructus durat pars fundi post consolidationem. 23. ibid.
 Ususfructus rei portionem obtinet. ibid.
 Ususfructus similis est parti dominij. ibid.
 Ususfructus inest domino cujusque rei. ibid. & 11. 283
 Ususfructus iste an servitus sit? ibid.
 Ususfructus qualis intelligatur in l. 70. §. 2. D. de usufructib. ibid.

Ususfructus quare in multis partibus pars dominij esse dicatur? 35. 92. & 11. 290
 Ususfructus legatum quare non transferatur ad hæredes? 22. 154
 Ususfructus propriè datur in his rebus, quibus salva earum substantiâ, uti potest. 3. 158
 Ususfructuarius nihil tangere, vel mutare potest. ibid.
 Ususfructuarius nihil facere potest, sed solum reficere. ibid.
 Ususfructus propriè non est in rebus, quæ usu consumuntur. ibid.
 inter Ususfructum bonorum & ususfructum rerum singularium quid intersit. 4. 159
 Circa hanc questionem magna fuit contentio inter Sabinianos & Proculianos. ibid.
 Circa ususfructum duplex cautio est. 5. ibid.
 Ususfructus in rebus alienis constituitur. ibid.
 Ususfructus distinctio in formalem & casualem an recta sit? ibid.
 Ususfructum partem dominij esse quare dicatur? 5. 159. 12. 175.
 Ususfructus qui dominio inest, an jure servitutis ususfructus sit? 5. 159
 Ususfructus definitio à Cicerone adducta an rectè refutetur per Anton. Fabrum? ibid.
 Ususfructu pecuniæ finito datur domino rei vindicatio. 7. 160
 Ususfructum in rebus, quæ usu consumuntur, præter naturam Senatus induxit. 9. ibid.
 Ususfructus quare dicatur quotidie constitui, & quotidie legari? 9. 174. & 4. 348
 inter Ususfructum & servitutes reales quoad modum constituendi nulla est differentia 9. 174
 Ususfructus magis ex faciendo consistit quàm servitutes prædiorum. 11. 175
 Ususfructus vel in bonis, vel extra bona fructuarij est. 12. ibid.
 Ususfructus persona ipsi usufructuario coheret. ibid.
 Ususfructum ex die legari posse quid significet? 13. 176
 in Ususfructus legato non minus dies certus quàm incertus conditionem facit. ibid.
 Ususfructus legatum in facto magis quàm in jure consistere videtur. 14. 176
 Ususfructum quando dicatur in facto consistere, item & in jure. ibid.
 Ususfructus in quo sit similis proprietati. 16. ibid.
 Ususfructus legati dies à principio semel cedit. ibidem.
 Ususfructuarius sibi civiliter possidet. 2. 275
 Ususfructus non utendo amittitur, & alius pro usufructuario uti nequit. 3. 280
 Ususfructus quo tempore amittatur? ibid.
 Ususfructarius in quo differat à creditore pignoratitio? ibid.
 Ususfructuarius fundum ipsum jure usufruct. possidet. 6. 281
 Ususfructuarius quoad possessionem rectè creditorij pignoratitio æquiparatur. 8. 282
 Ususfructuario competunt interdicta & undevis, & uti possidetis. 10. ibid.
 Ususfructus res incorporalis est, & servitus personalis. ibid.
 Ususfructuarius potest ususfructum vendere, & emptoris nomine possidere. 11. 283
 Per usufructuarium quid dominus retineat. 12. ibid.

Index Rerum,

<p> <i>Ususfructus</i> quandoque finiatur, cum proprietate consolidatur. ibid. <i>Ususfructum</i> habere, & fructuarium esse quantum distent inter se? 1.3.283 <i>Ususfructum</i> habere, & fructuarium esse quid sit? ibid. <i>Ususfructuarius</i> emphyteuta, & alij similes an aliquando præscribere dominium rei possint? 10.282 ad <i>Ususfructum</i> constituendum quare exigatur civilis, & naturalis ratio in §.4. <i>Instit. de ususfruct.</i> 5.288 <i>Ususfructuarius</i> an ipsum fundum possideat, an solum jus <i>ususfructus</i>? 16.291 <i>Ususfructus</i> legatum ante impletam conditionem manet apud hæredem. 1.347 <i>Ususfructus</i> pars semel admissa si amittatur, accrescit ei, qui aliam partem habet. 4.348 <i>Ususfructus</i> seruo duorum communi relictus, & utriusque acquisitus pro portione dominij quod habent in seruo, si alter suam partem repudiet, an alteri acquiratur? 2.384 </p>	<p> in hoc <i>Ususfructu</i> an persona servi, an dominorum inspicienda sit? 3.385 in <i>Ususfructu</i> legato seruo communi plurima attenduntur. 4. ibid. in <i>Ususfructu</i> legato seruo communi an domini vere conjuncti sint? 7.386 <i>Usus</i> in facto consistit. 33.92 præter <i>Usus</i> nihil est in rebus, quæ usu consumuntur. 3.158 <i>Usus</i> duo in solidum an habere possint? 1.271 <i>Utilitatis</i> nomine quid veniat? 6.43 <i>Utilis</i> actio an semper significet actionem oppositam directæ actioni? ibid. <i>Utilis</i> est institutio, legatum, & fideicommissum, cujus dies utiliter cedit. 23.56 <i>Utilitatis</i> nomen multoties significat interesse. 12.194 ex <i>Utilitate</i> sumitur occasio imponendi oneris æqualis. 7.242 <i>Utilitati</i> suæ nemo invitus cogitur stare. 2.389 Vulgò quæsti an parentibus hæredes esse poterint jure <i>Digestorum</i>? 4.346 </p>
---	--

FINIS LAUS DEO.

