

facio, vt des, à superioribus distinguit: Ex quo apparet, et si superiores loci, & argumenta quæ dixi, non obstant; tamen ne sic quidem satis eam distinctionem ad locum Pauli tuendum conuenire, si quis Pauli de eo, quod dari debuit ex hac conuentione, sensisse intelligat. Sed repudio iam hæc omnia, si illis videtur, quasi dubia & incerta, nec satis idonea, quæ ad istam distinctionem rejiciendam afferantur. Id est sumo, quod in hac distinctione ab illis datur, quod & ipsum per se verissimum est: quod si quis neget statui in d. l. *solent. hoc is.* idem neget, solem meridie lucere: in hac specie nimirum, cum facio, vt des, saltem tunc præscriptis verbis actionem dari, cum nullus tuus dolus arguatur. Hoc posito, aio quæstionem tolli, & vel hoc vnum satis argumenti esse, vt conuincatur etiã tunc, eamdem actionem aduersus te dari debere, cum aliquis dolus tuus in ea re arguetur. Quamobrem? quia dolus tuus neque factum meum, neque conuentionem nostram mutauit, sed confirmauit potius. Quid enim, cum Stichum manumisi, vt mihi Pamphilum dares, an eo minus tu promissisti te Pamphilum daturum, aut ego minus Stichum manumisi, quia tu Pamphilum promissum alienum esse sciebas? Imo ego ideo vere manumisi; quia Paphilum mihi eram de te pollicitus: & tu eo magis promissisti, quo facilius me ad manumittendum meum induceres. Neque porro aliæ sunt causæ, cur nullo dolo tuo interueniente mihi teneris, quã hæc duæ, quod manumisi Stichum, quem manumitti placuerat, & quod conuenit, vt eo nomine mihi Pamphilum dares. Ita necesse est omnino in eodem facto, eademque conuentione eandem esse actionem. Et ne hic hæsitemus, generaliter definiendum est, quoties in contractu aliquo ex facto tuo mihi aliqua actio constituta est, cum nihil dolo fecisti, ex eodem facto eandem actionem esse etiam tunc, cum dolus tuus accesserit. vt puta, fecisti aliquid in re, quam mihi vendidisti, quo res deterior fieret, & fecisti imprudens, teneris mihi ex emto, vt culpam præstes. idem si dolo fecisti, non alia erit actio, quam ex emto. l. *eleganter. §. non*

4. *folium. D. de dolo.* Neque si verendum est, credo, ne nobis hoc argumentum excutiat quorundam ratio, qui dolo tuo interueniente in quouis contractu eandem actionem admittunt, quæ sine dolo tuo futura esset, si modo & te dolum adhibente contractus valeat: verum in proposito cum manumisi ancillam, vt Pamphilum mihi dares, si sciens alienum promissisti, disputant nullam esse conuentionem, nullam hinc obligationem civilem nasci: vt proinde non alia hinc relinquatur mihi actio aduersus te, quam de dolo. Dicerent illi aliquid, si quod dicunt nullam hic conuentionem esse, id probarent. nunc autem quid afferunt? nempe, inquit, pactio mala fide & dolo malo interposita non parit obligationem, ne naturalem quidem. Quasi vero hæc conuentio, de qua agitur, id est, qua mihi Pamphilum alienum sciens promissisti, dolo malo facta dici debeat, quod si putant, longe errant. Ea enim demum promissio & pactio dolo malo facta putanda est, in qua qui promittit, deceptus esse, vt promitteret, & ita dolo obligaretur, non is, cui promissum est; quod in hac specie contra fit, vbi ego, qui manumisi seruum meum, decipior quidem: sed in manumissione, non vlla promissione mea, aut obligatione: quippe qui nihil omnino promittam, aut vlla in re tibi obliger: tu vero promittis quidem, seu pacisceris Pamphilum re daturum: sed in eo non decipieris, quantumuis sciens promiseris alienum, sciens enim prudens promissisti, non circumuentus. Tum autem et si daremus, hanc promissionem tuam de seruo mihi dando dolo factam esse: tamen non concederemus, ideo esse inutilem, seu actionem non parere, vbi à tuis partibus dolus est. Quod si enim dicitur in edicto Prætoris, pacta dolo malo facta non teneri, sic accipiendum est, vt ne seruentur aduersus eum, qui est deceptus, cui dolus aduersarij nocere non debet. ceterum aduersus eum, vt deceptus, certi iuris est, pactioem eius ita valere, vt non magis valeret, si dolum non adhibuisset, quod in transactione constitutum scimus aduersus eum, qui transactionem dolo malo factam rescindi postularet, cum ab eius partibus, dolus verberetur. l. *transactio. §. finita. 30. Cod. de transact.* Et vt certius intelligant isti, quid de hac ratione iudicandum sit, considerent, ea admissa quid consequatur. nempe hoc consequens est, etiam in alijs contractibus incertis, puta cum do, vt des, do, vt facias, facio, vt facias, nullam esse civilem obligationem, si Pamphilum, quem mihi dare, aut manumittere debeas, sciuisi esse alienum, & me decepisti: ita etiam fiet, vt sit mihi hoc casu etiam in his actio de dolo dumtaxat, non præscriptis verbis. quod sententiæ Pauli ex diametro aduersatur, qui in tota illa disputatione l. *naturalis.* nihil aliud docet, quam si non des, aut facias, quod conuenit in supràscriptis contractibus, sem-

per propositam esse præscriptis verbis actionem. Quod si ne quidem ipsi, qui nouam istam rationem tam ingeniose nobis cogitarunt, inficiari audeant, fateantur aut fallam eam rationem esse, aut ad eum, qui decipiens, non deceptus promittat, quo de nunc agitur, non pertinere, aut quod est verius, vtrumque concedant. Manebit igitur, si cum feci, vt dares, est præscriptis verbis actio, cum ignorans, & sine dolo rem alienam promissisti: etiam tunc esse debere, cum promissisti sciens, & me decepisti. Prius esse inter omnes conuenit, nisi si qui sint, qui contradicendi studio, aut constantiæ causa ea, quæ sunt certissima, negare audeant. Si ergo & posterius.

Cum facio, vt des, sic esse actionem præscriptis verbis etiam aduersus eum, qui sciens fallit, vt non sit de dolo.

## CAP. XVI.

## SUMMARIÆ.

1. De dolo actionem nunquam esse, vbi constet competere actionem præscriptis verbis.
2. De dolo actio sicubi competit, etiam actione in factum temperata agi posse: at non si in factum actio competit nullo dolo interueniente dolo competet de dolo actio.

Effectum est igitur illud, quod mihi huc vsq; cum doctissimo interprete Franc. Duareno conuenit, omnimodo ex hac specie, cum facio, vt des, si, posteaquam feci, cessas dare, esse actionem præscriptis verbis. Hoc non conuenit, quod iam sequitur: nã cum statuisset ille esse præscriptis verbis, vt diximus: ex aduerso autem scriptum esset à Paulo in d. l. *§. quod si faciam. l. naturalis.* in hac specie de dolo dari: ille ad hæc concilianda hoc attulit, vt diceret vtramque actionem competere, & de dolo, & præscriptis verbis. Quod à multis notatum scio: & recte iudicio meo. Refellitur enim non obscure ea parte edicti, quæ est de dolo: quæ scimus actionem de dolo non alia conditione propositam esse, quam si alia actio non erit. l. *ff. de dol.* quod si eam vim habet, vt si præscriptis verbis hic datur, vt datur, non sit locus actioni de dolo. Nõ enim satis defendi potest, quod ille ait, in eo edicto actionis nomen de actione certa interpretandum esse, id est, ea, quæ proprie & specialiter ita dicitur. Nam illud contra sic ab omnibus veteribus iuris auctoribus acceptum est, vt eo verbo non tantum contineretur ea quæ vere est actio, sed etiã omnis defensio, quæ vim haberet iuris nostri obtinendi etiam per exceptionem. l. *1. §. ait. prætor. ff. de dol.* quanto magis omnis petitio hoc verbo continebitur, quæ actionis verbo significatur magis, quam exceptio, in quo numero est actio præscriptis verbis? Denique bene annotatum est à Barone, scriptum esse in l. *si quis affirmauit. §. Labeo. ff. de dol.* vbi præscriptis verbis actio est, ibi de dolo cessare. Non si me mouet, quod ille dicit, eum, cui actio de dolo competit, posse actionem verbis in factum temperare, vt doli mentio detrahat, l. *rei. quam. ff. de dol. l. cum reus. ff. de fideius.* hoc enim de eo recte dicitur, cui constat prius actionem de dolo dari. Sane vero cui actio de dolo datur, huic licere debet, actione verbis in factum temperata experiri, & de iure suo aliquid remittere, cui etiam in totum agere non licuit. Et siquidem in hac specie, de qua agitur, constaret competere de dolo actionem, vltro faterer potius in factum agere licere. Nunc autem de eo quæstio est, an sit hic de dolo actio quod nos negamus, & recte negamus; quia in eadem conuentione sit præscriptis verbis actio, si dolus tuus nullus interuenit: vt proinde dolo tuo interueniente eadem esse debeat. In summa si de dolo actio alicubi competit, recte dicitur ibi & de eo in factum actionem esse, sed non si in factum actio est, ideo dixeris esse etiam actionem de dolo. Tunc solum vtrique locus est, cum nullo dolo interueniente aduersarij nulla est aduersus eum actio. sic enim fit, vt dolo eius interueniente, cum ex ipso genere facti nulla alia actio sit, ipse dolus actioni de dolo locum faciat, & propter eam actionem locum habeat actio in factum. At vtrique locus esse non potest, vbi ex ipso facto & conuentione est aduersus aliquem omni modo actio, id est, et si eius nullus dolus arguatur. Nam qui sine dolo suo aliqua actione tenetur, eum necesse est, & dolo eius interueniente in eadem causa, & conuentione eadem actione multo magis teneri, quia constituta sic actor ea vteretur, vt de dolo agere non possit.

\* \*

Explicantur, & diluuntur ii. loci, quibus in hac specie, cum facio, vt des, actio de dolo ad id, quod dari videtur. ac primum *l. cum proponas.*

*C. de dolo.*

C A P. XVII.

Quid igitur nobis relinquatur, constituta in hac specie, cum facio, vt des, præscriptis verbis actione, nisi vt de dolo competere negemus? quod & initio fecimus: & si nobis constare volumus, omnino ita faciendum est. nec dubito, quin & docti homines idem facturi fuerint, nisi multi loci obicerentur, in quibus scriptum videtur in hac specie de dolo actionem dari. Ergo hic labor nobis reliquus est, vt ostendamus nihil tale dici in illis locis, qui putantur contrarij, quod si obtinebimus, opinor, sententia vitilis & dilucida constituta est, & breui opera magna & graui molestia liberati sumus: quam suscipere cogimur, si d frustra, in illis conciliandis, quæ diuersa sententia admissa inter se conciliari nullo modo possunt.

Ac superiori sententiæ quatuor fere loci opponuntur. Primum *l. cum proponas. C. de dol.* Manumisi ancillam, vt mihi Pamphilum des, neq; postea fidem seruas. Illicita scriptum est reuocandæ libertatis me potestatem non habere: sed solum, si nec dum statutum tempus excesserit, desiderare de bere de dolo mihi decerni actionem. Et de eo rescripto idem mihi videtur, quod Bartolo, non agi in eo de Pamphilo dando, qui mihi à te promissus est: sed solū de ancilla mea manumissa reuocanda quæ ad rem cum omnia alia conditio deficiat, quia libertas non possit reuocari; ideo recte dicitur solā de dolo actionem in eam rem cōpetere. quod ex verbis tum præcedentibus, tum sequentibus, liquido colligi potest. Nam initio cū denegatur actio, de manumissa in seruitutem reuocanda denegatur. reuocandæ, inquit Imp. lib. rtatis potestatem non habes: vt quod continenter subiicitur de actione de dolo dando, ad speciem præcedentem referri debeat de ancilla. Deinde in extremo, cum alia actio, quæ de dolo datur, non de Pamphilo datur: sed rursum de ancilla repetenda, vt appareat, quod dixi, vnam illic de ancilla, quæ à me manumitti debuit, fuisse quæstionem: de qua sub distinctione respondetur, vt si quidem manumissa est, non possit libertas reuocari: proinde nec ea, quæ manumissa est: si nondum est manumissa, & nec dum à me tibi tradita, tum & ancilla, & ij, qui ex ea nati sunt, reuocari possint. Ac confirmatur id præcipue ex eo iure, quod de specie illic proposita constituitur. Obseruandum est, n. diligenter actionem de dolo, quæ illic decernitur, non dari tantum, cum manumisi ancillam, vt mihi Pamphilum dares: sed etiam cum tibi dedi ancillam, vt Pamphilum dares. Scio tentare Accursium, vt efficiat nihil amplius illic esse, quam id negotium, in quo feci, id est, manumisi ancillā, vt alium seruum dares. sed frustra, cum factum proponatur hoc modo tradidisse me videlicet tibi ancillam, vt mihi alium seruum dares, te autem ancillam acceptam manumisisse. quod quidem nihil aliud declarat, quam me ancillam tibi dedisse id est, tuam fecisse. neq; enim manumittere potuisti, nisi dominus esses. *l. in prin. & in fin. C. de manumiss.* Ex quo intelligitur, quæ illic actio de dolo decernitur, eam in illa specie decerni, cum dedi ancillam, vt mihi Pamphilum dares. At hoc de Pamphilo petendo accipi non potest: cum certo constet eo nomine præscriptis verbis actionem dari. *d. leg. natur. alii. in prin.* Ita fit, vt quæ illic actio est de dolo, ea de ancilla manumissa solum proponi intelligatur.

In l. solent. D. præf. verb. non esse sententiam Vlpiani, vt cum feci, vt dares, & dolo cessas dare, fit eo nomine de dolo actio.

C A P. XVIII.

Secundo loco obijcitur nobis *l. sol. hoc rit.* vbi Vlpianus illis verbis, quæ sunt in extremo, nisi quis dicat, videtur in hac specie, cū indicat tibi furem, vt mihi decem dares, & non das, actionem de dolo dare, si tuus dolus arguatur. Sed iam dixi illa verba non corrigentis esse, sed confirmantis potius prioris sententiam, quasi aut nemo id dicturus sit, quod subiicit, aut si quis dicat, id contēnat, nec putet egeret refutatione. In quo non necesse est repetere omnia, quæ supra diximus. Tantum dicam, non esse hanc mentem Vlpiani, vt his verbis mutet prioris sententiam, vel hinc facile intelligi possit, quod illam sententiam nō simpliciter, aut dubitanter poluerit, sed addita ratione, ex qua intelligeretur ipsum non dubitati, quin in ea specie actio, & ea civilis daretur,

nempe præscriptis verbis. Si ab ea sententia vellet discedere, prius eum superiore ratione infirmare oportuit. Nunc autem tūcū abest, vt id faciat, vt etiam alio loco quam maxime confirmet, atq; eadē refellendum Iulianum, qui in diuersa sententia erat, vtatur. *l. iurisgentium. in prin. ff. de pact.* Illud non prætermittam, quod & supra pluribus docui, et si darem actionem de dolo esse, vbi tuus dolus arguatur; tamen ex sententia superiore Vlpiani, quæ eo loco exposita erat, saltē hoc relinqui, vt vbi nullus tuus dolus sit, illic competat præscriptis verbis actio. Atqui hoc concessio consequens est, vt dixi, etiam cum dolus tuus arguatur, esse actionem præscriptis verbis, vt in eadem conuentione, & facta. Quamobrem superior locus eiusmodi est, vt vtro modo posteriora verba interpretemur, vtroque pariter in eos, qui contra sentiant, is locus conuertatur.

Explicatur *l. natur. alii. §. i. illic;* Sed si dedi, de præf. verb. simul *iurisgentium. in princip. illic;* Et ideo puro.

*Dig. de pact.*

C A P. XIX.

S Y M M A R I A.

- 1 In §. sed si dedi. l. naturalis. de præf. ver. Iuliani sententiam referri, non probari. & num. 7.
- 2 In factum actionem à pratore dandam in l. iurisgentium. in pr. de pact. significare dandam esse à pratore actionem de dolo, non autem actionem in factum pretoriam distinctam à civili in factum. & num. 3.
- 3 In factum civilem, quod legitur in §. sed si dedi. l. naturalis. de præf. ver. recte legi, & locum minime corruptum à Triboniano.
- 4 Non §. sed si dedi. l. naturalis. emendandum ex l. iurisgentium. in princ. de pactis. sed verbum actionis in factum, quod est ambiguum, in l. iurisgentium. ex §. sed si dedi. interpretandum.
- 5 Iulianus quid senserit, & in quo à Mauriciano & Vlpiano sit reprehensus in l. iurisgentium. in princ. de pact.
- 6 Cum feci, vt dares, & posteaquam feci, cessas dare, actionem præscriptis verbis mihi dari ab Vlpiano etiam tunc, cum sciens me decepti, in l. iurisgentium. in prin. de pact.
- 7 Referrī sape sententiam aliorum à Iurisconsultis in Pandectis sine vlla reprehensione, vbi tamen sententia non probatur.

Quæ sequuntur, plus videntur difficultatis habere ad explicandum. ex quibus citatur tertio loco id, quod est in *l. natur. alii. §. sed si dedi. hoc rit.* Dedi tibi seruum, vt seruum tuum manumitteres. manumisisti, & is, quem dedi, euictus est. si sciens dedi, inquit Paulus, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit: si ignorans, in factum civilem. Hic ego, si cum his sentirem, qui in hac specie dicunt esse, vt ipsi loquuntur, vt facias, videri fortasse quibusdam possem habere, quo obiectionem in speciem eluderem. dicerem enim in eo genere aliud dici, aliud in eo, de quo quærimus, et si rationem differentiæ non satis explicare possem. Nunc autem iam supra dixi, quod & verum est, non aliud in proposita specie negotium cōtrahi, quā id, in quo manumisisti, id est, fecisti, vt tibi darem. Et quamuis alterum illud genus esse concederem: tamen etiam in hoc multo minus admitterem competere actionem de dolo, si posteaquam dedi, non facias: cum in *l. naturalis. §. ac cum do.* constet non aliam in hac specie dari, quam præscriptis verbis, vt non multum referat ad difficultatem diluendam vtram speciem in supra scripto loco proponi dicamus. Fateor igitur in eo loco Pauli agi de ea specie negotij, de qua quærimus, cum facio, vt des. nego autē, siue locum de ea specie accipiamus, siue de altera, aliā actionem de sententia Pauli competere, quam præscriptis verbis; si quidem de eo agatur, quod ex conuentione dari, aut fieri oporteat hoc amplius superioribus verbis Pauli id infirmari nego. Obseruandum est, n. Paulum toto eo loco nihil de specie proposita affirmare; sed tantum quid de ea Iulianus scripserit, referre, de dolo, inquit, in me dandam actionem Iulianus scribit. Scripsisse tamen Iulianum ait. num ergo eam sententiam, & ipse probat? Diceremus cum probare, si de ea nihil vsquam alibi nominatim scriptū esset. cur enim referret, nisi quia probaret? Sed si ea sententia alibi improbatum nominatim, non est, quod dubitemus Pauli locum sic accipiendum esse, vt dicat quidem Iulianus scripsisse, ceterum non affirmet id sequendum esse, sed aut ipse improbet, aut certe in medio relinquat, ita fiat etiā, vt res ex alijs locis constituenda sit. nec multum ad rem facit, si alij erunt, quam

quam Paulus, qui alio loco, hanc sententiam improbat quæ enim in Pandectis scripta sunt, perinde accipienda sunt omnia, quasi non à Paulo, aut Vlpiano, vel aliis, sed à Iuliano scripta essent. *l. §. omnia. l. §. tanta. C. de veter. iur. enuclean.* iam vero reprehensa est Iuliani sententia superior ex professo à Mauritiano & Vlpiano, exstatque confirmatio eius reprehensionis, quam sequamur in *l. iurisgentium. in pr. de pactis.* Quare & hanc ipsam rellcere, contrariam sequi debemus. An autem in eo reprehensus sit à Mauritiano, & Vlpiano Iulianus, quod de dolo dedisset, ita intelligi poterit, si statuerimus, quid ille scripserit. Et si vere scriptum est in *d. l. naturalis. §. sed si dedi. hoc.* fuit hæc Iuliani distinctio in superiore specie, ut si quidem sciens seruum alienum tibi dedi, de dolo in me actio tibi danda sit: si ignorans, in factum ciuilem, id est, præscriptis verbis. Mauritianus, & hunc ꝑ secutus Vlpianus Iulianum non reprehendunt, quod ille dixisset, ciuilem actionem in me dandam. nam hanc ipsam ita dandam esse confirmant, ut solam dicant sufficere: sed hoc reprehendunt, quod ille dixisset interdum actionem à prætore dandam, id enim tum fecit, cum hoc casu actionem de dolo dandam esse dixit. nam hæc à prætore solum, seu edicto solum prætoris datur, hoc, inquam, reprehendunt illi: quod dicant etiam in hunc casum ciuilem sufficere, quia negotium ciuile sit contractum. Sed facile sentio, quid hic nobis ex aduerso eruditi homines dicturi sint, non esse nimirum Iulianum à Mauritiano, & Vlpiano reprehensum, quod ille dixisset actionem de dolo in me dandam: sed quod dixisset actionem in factum à prætore dandam, quod plerique omnes sic acceperunt, quasi Iulianus ita scripserit, ut si sciens dedissem tibi seruum, qui ciuitas est, danda esset in me de dolo actio: si ignorans, in factum prætoriam, hic vero Iulianum putauerunt hæcenus reprehendi, quod hoc casu posteriore dixisset prætoriam in factum dandam: cum esset in hunc casum ciuilem, ceterum eam partem sententiæ Iuliani, quæ est de actione de dolo non attingi: ita integram manere. Nec deest illis ratio. nam si Iulianus in hac specie partim actionem de dolo dedit, partim actionem in factum ciuilem, ut in *d. l. naturalis*, ex Paulo relatum est, nullus locus relinquitur actioni in factum, quæ à prætore detur, ea enim neque de dolo actio est, neque in factum ciuilem. Quibus cum obicitur scriptum esse diserte apud Paulum, scripserit Iulianum, aut de dolo actionem in me dandam, aut in factum ciuilem: respondent locum Pauli à Triboniano interpolatum, & corruptum esse, quod alij factum ita exculant, quasi Tribonianus id posuerit de Iuliani sententia, quod ex notis ad Iulianum scriptis, de ea seruari uellet: alij non sine flagitij id à Triboniano factum damnant. Ego ꝑ autem bona uenia illos interrogo, unde didicerint Tribonianum non recte, & fideliter retulisse Iuliani, seu Pauli uerba: sed pro, in factum prætoriam, reposituisse, in factum ciuilem. Quod ad me attinet, cum omne parum tuto affirmari scio, quod si negetur, longius progredi non possis: tum uero periculose puto affirmari, quod ad derogandam publicis scriptis fidem & auctoritatem pertinet, neque uero uilo modo admittendum esse arbitror, nisi apertissime ita faciendum esse conuincatur. Quodnam ergo huius flagitij & corruptelæ argumentum habent? nempe illud unum, quod scriptum sit apud Vlpianum in *d. l. iurisgentium. in pr.* Iulianum putasse actionem in factum à prætore dandam, non ciuilem. At hæc in factum actio, quæ à prætore detur, de actione de dolo accipi potest: non quod idem sit actio in factum, quæ detur à prætore, & actio de dolo: sed quia sæpe in qua specie actio de dolo competit, in ea dicimus actionem in factum à prætore dari, uel quod quæ actio de dolo est intra annum, ea post annum est in factum: uel quod quæ de dolo est, ea in factum potest temperari, & molliore uerbo Iurisconsulti interdum uti malunt. Id quidem factum scimus in *l. rei, quam D. de dol.* quod enim illic scriptum est, actionem in factum cum sua indemnitate competere, de ea specie scriptum est, in qua actionem de dolo competere inter omnes conuenit. Non semper ita accipi concedo, & nisi quid ostendat hoc modo accipiendum esse, non esse accipiendum etiam concedo. Interim illud tenebo, in eam partem aliquando id uerbum accipi & posse & debere. Quod ꝑ cum ita sit, quæro, utrum quod est in hoc uerbo ambigui, id ex loco Pauli nec ambiguo, nec incerto interpretari debeamus, an contra ex incerto & ambiguo locum certum & diserte scriptum mutare. Perspicuum uero est, quid hic fieri conueniat, nempe incerta ex certis, & minime ambiguis interpretari & confirmare: non item certa ex incertis conuellere aut euertere debemus: præsertim si ad sententiam, quæ ex locis certis effici dicimus, uera ratio & aliarum partium iuris consensus accesserit. Sic ꝑ igitur, opinor, recte dice-

mus, scripserat Iulianus, si ego sciens alienum seruum tibi dedi, ut tuum manumitteres, & manumisisti, dandam in me de dolo actionem: si ignorans dedi, in factum ciuilem, ita hoc scripserat in hac specie, actionem aliquando à prætore dandam. nam actio, ut dicti, de dolo solum à prætore datur, pro actione de dolo dixit Vlpianus scripserat Iulianum actionem in factum à prætore dandam: uerum eodē sensu, solum hoc animaduertendum est, & solum ad rem pertinet, quod Iulianus hic actionem à prætore alio casu dandam putauit. Quod actionem in factum ciuilem dedit aduersus ignorantem, conuenit hoc illi cum Vlpiano & Mauritiano, quod putauit aliquando actionem à prætore dandam, siue hanc de dolo esse uolumus, siue loco eius in factum prætoriam uerbis temperatam, hoc illud est, quod superioribus improbat: cum in totum in hac specie aduersus me ciuilem sufficiat, id est, præscriptis uerbis, hic uerus est, ut mihi uidetur, Vlpiani sensus. Ut ꝑ autem planius intelligatur, Vlpian. non hoc solum sentire, & actionem præscriptis uerbis competere tunc, cum ego ignorantem seruum alienum dedi, sed etiam in omnem casum, id est, & tunc, cum sciens te decepi: expendatur, quam reprehensionis suæ rationem illi asferat. Non recte, inquit, dixit Iulianus in factum actionem à prætore dandam, quia ciuilem in factum actio, id est, præscriptis uerbis sufficiat, cur ciuilem? quia contractum est, inquit, quod Aristoteles *ἀδύνατον* dicit, unde hæc nascitur actio. Atqui etiam tunc contractum obligatio & illud, quod Aristoteles uocat *συνάδύνατον*, cum dedi tibi seruum alienum sciens, ut seruum tuum manumitteres, & manumisisti. Unde certissima coniectura ducitur, etiam tum actionem in factum prætoriam eum repudiare, & ciuilem dare, cum te decepi, ubi hoc esse negotium contractum constat, quod dixi. Quæ si ita sunt, ut non tam probabiliter uideantur dici, quam necessario, tantum abest, ut sententia Iuliani superior nobis obstat, ut contraria sententia Vlpiani bene constituta id ipsum statuatur omnino, quod diximus de actione præscriptis uerbis omnimodo danda, uel ubi dedi, ut dares, uel ubi feci, ut dares, quamuis utroque casu me deceperis. Illud ꝑ fortasse aliquibus, nouum uidebitur, & insolens, quod dixi Paulum in *d. §. sed si dedi.* ita referre Iuliani sententiam, ut non probet: quasi alio consilio retulerit, quam ut illa ueretur, alioqui quid aliud, quàm nos irriti? Sed ne cum hoc ita uideatur, sciamus non nunc primum à me dici, referri interdum à Iurisconsultis in Pandectis ueterum sententias; quas tamen ipsi qui proponunt eas referre, non probent, aut certe quæ probandæ non sint: sed exemplo à me fieri, atque adeo in locis pluribus omnium consensu esse receptum. Ex multis pauci nunc sufficient. In *l. §. de arbore. sup. de rei uind.* ita scriptum est: de arbore, quæ in alienum agrum translata coaliuit, & radices immisit, Varus & Nerua uilem in rem actionem dabant, neque; quidquam addicitur eo loco, quo significetur eam sententiam reprehendi. Sed omnes consentiunt locum sic accipiendum esse, ut ne id probetur. quando hanc sententiam aliis locis certo notari constat, quos ad superiorē illum referimus, ut *l. hoc amplius. §. Alferus. ff. de dam. inf. l. sed si mei. §. arbor. ff. de acq. rer. domin.* In *l. si fideius. ff. de dolo.* si fideius promissum animal ante mortem occiderit, de eo Papinianus ita scribit: de dolo actionem reddi aduersus eum oportere Neratius Priscus & Iulianus responderunt, quoniã debitor liberato ipse quoque dimittitur. At hæc sententia multis locis repudiata est, ut *l. mora. §. ult. ff. de uisur. l. mora. D. de verb. obl.* Ne Papinianus quidem ipse probat, nisi referat: sed eam alibi aperte repudiat, in *l. Stichum. in pr. D. de solut.* de quo differui pluribus ad *l. cum filiusam. D. de verb. obl.* Adde, si uideretur, & hos locos. Refertur sententia in *l. seruus. §. ult. D. de dolo.* non probatur in *l. cum à re. ff. eod.* Refertur in *l. §. per contrarium. D. de dot. præl.* non probatur in *l. §. item heres. D. quæ act. de pec. ann. est.*

Hic ex professo excutitur, & explicatur sententia §. quod si faciam. l. naturalis.

## CAP. XX.

## SYMMARIA.

1. §. Quod si faciam. l. naturalis de præl. ver. de eo, quod ex conuentione dari debuit, petendo accipi non posse, quin pugnet cetero cum alio locum: atque adeo omnino ita accipi non debere.
2. §. Quod si faciam. sententiam esse, de eo, quod factum est, renouando, nullam esse ciuilem actionem, id est, conditionem, & ideo hoc casu de dolo dari, & num. 4. in fin. & num. 8.
3. Ciuilem actionem uerbo in §. quod si faciam, intelligi debere certam,

vt excludat actionem præscriptis verbis: & cur, cum aliqui verbum sit generale.

- 4 Civilis actionis verbo in §. quod si faciam, non solum intelligi debere certam, sed etiam talem certam, qualem in prioribus causis dixerat Paulus, id est, conditionem, & cur.
- 5 Præscriptis verbis actionem esse & dici actionem civilem, & de ea agi à Paulo in tota reliqua tractatione l. naturalis, & tamen eam actionis civilis verbo accipi non debere in §. quod faciam, variis rationibus evincitur. & num. 6.
- 6 Errare eos, qui cum facio, vt des, dicunt, vbi dolus tuus nullus arguatur, non præscriptis verbis actionem dandam, sed in factum prætoriam.
- 7 Civilis actionis verbo vt maxime concedamus intelligi actionem præscriptis verbis, in §. quod si faciam, tamen nihil profici, nisi vt locus repugnet innumeris aliis, in quo si queritur, vtra sententia cedere alteri debeat, omnia concurrere & in auctoritate plurimum, & in æquitate & veritate sententia, cur Pauli sententia reicienda sit.
- 8 Summa sententia §. quod si faciam.
- 9 Brevis comprehensio totius tractationis leg. naturalis, de actionibus, qua interueniunt in quatuor generibus contractuum incertorum illis proposita.
- 10 Præscriptis verbis actio, an de dolo detur, cum facio, vt des, quid intersit.

Omnia difficilissima ad explicandum locus, & ex quo hæc omnis disceptatio maxime nata est, ad extremum nobis obicitur. *l. naturalis. §. quod si faciam. h. c.* Sic enim verba sunt Pauli eo loco de proposita specie, vt illam sententiam, quam posui, non leuiter, aut obscure notare: sed disertis verbis velut ex professo reicere, & contrariam statuere voluisse videatur, quod si faciam, inquit, vt des, & posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur. Et si quis locum ita accipiat, quasi Paulus loquatur etiam de ea parte contractus, qua de re promissa agatur non autem de ea tantum, in qua agatur de eo, quod factum est, retractando, non est meo iudicio, quod quisquam neget hunc locum ex diametro nobis aduersari: non est, inquam, quod neget Paulum hoc dicere, denegari in hac specie in totum actionem præscriptis verbis, & nullam relinqui in omnem casum, nisi de dolo. Vt enim dederim verbo civilis actionis interdum non significari actionem præscriptis verbis, vt proinde eo verbo hæc actio non excludatur; attamen satis excluditur in eo, cum de dolo actionem dari negat, neque enim actioni de dolo locus esse potest, si vlla alia competit. Deinde si Paulus actionem tantum certam verbo superiore excluderet, non erat, quod inde colligeret actionem de dolo dari. nã potius ita inferri debuit, & ideo actio præscriptis verbis, seu in factum civilis dabitur. Nam hæc vtique certa non est, & certi iuris est, cum deficiunt vulgaria, & vsitata actionum nomina, ad hoc genus actionis descendere & solere & debere, cum de contractibus agitur, *l. 1. 2. & 3. 40.* Sed hæc ita sunt, in qua, si quis Paulum de ea parte conuentionis loqui putet, in qua de dolo eo, quod promissum est, agatur. Quod si de eo non loquitur, res est expedita. nam de eo, quod factum est, reuocando ei, qui fecit, fatemur nullam esse actionem civilem, & verum est, vt si de eo agi potest, consequens sit vnam superesse eo nomine actionem de dolo. Quid ergo, de eo, quod promissum est, petendo Paulus non agit? Si id dicimus, vereor, ne à plerisque statim hæc sententia reiciatur prius, quam inducta pro se causam dixerit: ab iis præsertim, qui contentis rationum momentis, & neglectis aliis locis, qui in contrariam sententiam tam clare de hac specie scripti sunt, ad verba tantum Pauli, quæ se hic ostendunt, adhærescent, & ex his de re tota iudicabunt. nam verba generaliter scripta sunt, & Paulo in hac tota quaestione propositum est maxime de eo agere, quod dari, fieri debuit, ac de eo superioribus §§. præcipue ac illo dictum est, vt si quis hic neget idem illum sentire, is & verbis videatur refelli, & scriptoris ipsius sententia, quæ facile ex præcedentibus colligatur. Sed peto, si qui tales erunt, vt de re velint cognoscere attentius: ita etiam spero, cum audierint: nobis æquiores futuros, & quod ante mirum videbatur, vltro probaturos. Ego vero Paulum ita interpretari non dubito, quasi diceret nullam esse in hac specie certam actionem talem, qualem supra dixit, id est, nullam conditionem, ex quo bene infert de dolo dari debere: dum hoc intelligatur, hæc esse dandam in ea specie, in qua de conditione queritur, & tamẽ ea denegatur, in summa de eo, quod factum est, repetendo esse actionem posse: sed non conditionem, vt in superioribus generibus ostenderat, ideo hoc casu de dolo dandam. Sed verba nobis obstant. Quid enim, dixerit aliquis, an non hæc generalia sunt? an non adeo hæc vniuersalis oratio est, nullam ciui-

lem actionem fore? qua oratione non vna aliqua species actionis civilis, sed omnis civilis actio excluditur, proinde non conditio tantum: sed etiam actio præscriptis verbis, quæ & ipsa civilis est actio, itaque cum dicimus conditionem solum his verbis, non etiam actionem præscriptis verbis excludi, an non aduersantia Paulo dicimus? quis enim ignorat has orationes sibi inuicem aduersari, nihil eorum verum est, & aliquid eorum verum est: quod à Dialecticis sumtum Iulianus posuit in *l. si is, qui ducenda. §. vtrum. ff. de reb. dub.* Et sane si vno modo civilis actio dicatur, hoc ita esse fatendum est, fieri non posse, quin Paulo aduersentur, si cum ille nullam esse actionem civilem dicit, nos præscriptis verbis actionem esse dicamus. Sed si verbum ambiguum est, quo Paulus vtiur, cur non in verbo eam significationem sumimus, quæ cum aliis locis, & vera ratione consentiat, dummodo aliud sensisse Paulum aperte non probetur: Imo vero id ita faciendum est. Atqui verum est illud, quod à Franc. Duareno in hac specie responsum est ad *l. iuris gentium. in pr. D. de pact.* ambiguum esse verbum civilis actionis, quod & nos hoc loco recte vsurpabimus. Est enim interdum, cum civilis actio omnem actionem contineat, quæ ex iure ciuili est, siue sit ex verbis, siue sit ex sententia, quomodo si intelligitur, sane etiam præscriptis verbis actio hoc verbo continetur, est enim hæc ex iure ciuili, vnde & civilis passim dicitur, de quo postea. Hoc sensu si fateamur à Paulo dici, nullam esse civilem actionem. Sed interdum hoc verbum paulo angustius accipitur, vt eo significetur non omnis actio, quæ sit ex iure ciuili: sed ea, quæ sit ex verbis ipsis legis, id est, quæ sit certa & solemnis: quæ propterea per excellentiam ita proprie appellatur.

Quod cum sit, certum est actionem præscriptis verbis, quæ incerta est, & ex sententia tantum legis, non ex verbis, hoc verbo non contineri, vnde cum dicatur in *l. inserdictum. ff. de prec. precarij* nomine nullam iuris actionem esse: nihil tamen contrarij dici putamus, cum alibi de precario legimus non solum interdico de precario vti nos posse, sed etiam actionem præscriptis verbis. *l. 2. §. 1. l. duo §. vlt. ff. de prec.* Id si ita est, si quis iam ex hoc sensu nullam hic civilem actionem esse dicat, vt sit nullam certam & solemnem: neq; is quidquam alienum à significatione verbi & vsu loquendi fecerit, simul idem nec præscriptis verbis actionem excluderit, nos vero id ita hoc loco interpretandum esse contendimus. Sed cur hoc modo potius, quàm illo altero, quem & magis vsitatum esse, & à Paulo sæpe antea in eadem disputatione vsurparum scimus? Quia si præscriptis verbis actionem ex iis verbis denegabimus, pugnet sententia cum tam multis locis, quos supra ostendimus; & præterea efficietur ea absurditas sententiæ, quã nulli adhuc aliter interpretati vlla ratione vitare potuerunt. In quo nihil nostro Marte congingimus, ne quis forte hic nos dicat diuinare: sed regulam iuris sequimur, quæ est de ambigui interpretatione: quo præcipitur, vt in ambigua voce legis ea interpretatio sumatur, quæ vitio caret. *l. in ambigua. D. de legib.* Et hæc quidem interpretatione ad superioris loci conciliationem vsus est Franc. Duareno. Sed nõ progressus longius ea responsione consecutus est duntaxat, vt efficeret civilis actionis verbo, quo vtiur Paulus, non denegari præscriptis verbis actionem: sed ex sententia eius nõ est consecutus. nam hoc concessit nihilominus in eandem fraudem incidit ex eo, quod sequitur, cum enim colligit Paulus; & ideo de dolo dabitur; satis significat se etiam actionem præscriptis verbis excludere: aut certe illud admittendum erit, vnam cum altera concurrere, quod pugnat cum edicto de dolo, ita dum vnam difficultatem vitat, in aliam incidit non paulo minorem. Quare hoc addemus actionis civilis verbo hic intelligi debere certam quidem actionem & vulgarem, vt diximus: sed non quãuis certam, verum eam, de qua Paulo in ea disputatione est sermo: vt sic generalitas verbi ad institutum Pauli accommodetur, nec ad alia pertineat, quam ad ea, de quibus ante à Paulo actum est, nam & generalem transactionem eodem modo interpretamur, *leg. si de certa. Cod. de transact.* Porro certa illa actio, de qua egit antea, conditio est ob causam dati, qua in superioribus duabus speciebus competere dixerat, si quis vellet repetere, quod dedit. Quapropter certam actionem, qualem supra dixerat, in hac specie competere negans, conditionem competere negat. Ex quo iam recte colligit actionem de dolo dari: hoc sentiens videlicet eo casu dandam, quo casu conditio requiritur; & tamen non competit. Quæ nos eo deducunt, vt intelligamus eum, de eo, quod factum est, retractando agere, in eo remouere conditionem: ita plane consequens esse, vt sit eo nomine actio de dolo.

Hæc verbis huc vsq; satis conuenire nemo negabit. Sed nihil ad rem verba faciunt, dicitur quispiam, si aduersatur scriptoris sententia: quæ in omni scripto præcipue spectanda est. *Lin ambigua. ff. de leg. l. pen. ff. ad exh. l. 1.* Iam vero quæ res in obscura voluntate scriptoris spectari iubentur, ex quibus mens & voluntas conijcitur, vsus verbi, consuetudo eius, qui loquitur, ea, quæ præcesserunt, quæq; sequuntur: *leg. si seruus plurium. 50. §. vlt. ff. de l. 1. ea omnia hic cõcurrunt, vt Paulus actionis civilis verbo actionem præscriptis verbis accepisse, & de eo petendo, quod dari debet, præcipue egisse existimetur.* Scimus in vsu iuris actionem præscriptis verbis civilem appellari. *leg. iuris gentium. in prin. de pact. leg. solent. hoc titul.* nec Paulus ipse aliter loquitur, qui civilem ita nominat absolute, vt præscriptis verbis actionem intelligat. neque id facit alibi: sed in eo ipso capite, id est, in *l. naturalis*, cuius fragmentum est is locus, de cuius interpretatione agitur. Proinde & consuetudo sermonis, & vsus loquendi auctoris, & ea quæ præcedunt, hanc significationem quæ dixi plane arguunt. sed ex ijs, quæ præcedunt, illud maxime, quod sibi Paulus in ea tota disputatione ab initio tractandū proposuit. Id autem fuit, vt totius ob rem dati tractatus inspiceretur, in eoq; quæreretur, non solum quæ dari repetitio esset: sed etiam maxime ad petendum id, de quo dando, aut faciendum conuenit, quænam esset actio. idq; aperte in duobus illis generibus præcedentibus, cum do, vt des, item do, vt facias, ab illo factum est. An censemus igitur illum velut oblitum, aut dissimilem sui non eadē hic de ista specie, cum facio, vt des, complexum esse, quæ de superioribus duobus, & in ea id, de quo non vsq; adeo quærebatur, posuisse: illud quod præcipue ad institutum & quæstionem faciebat, omisisse? Hæc & similia homines eruditi aduersus illam interpretationem disputate solent, quæ & ipse ingeniose dici fateor, & sunt eiusmodi, quæ me plurimum semper mouerint: sed non vsque eo, vt me vsq; adhuc vincere potuerint. dicuntur enim recte & omnino admittenda sunt in omni interpretatione voluntatis: sed hæcenus, nisi absurditas sententiæ, & aliorū manifestus dissensus, quorum præcipue in iure interpretando ratio habenda est refrageretur. Nam cum efficitur absurda, aut falsa sententia, semper illam regulam tenere debemus potius eam interpretationem capiendam esse; quæ vitio caret. *d. l. in ambigua. ff. de leg. l. quoties in stipulationibus. 80. inf. de verb. obl.* Fateor durum esse dicere Paulum in eadē significatione verbi non perseuerare, & quodammodo ambiguitate verbi ludere, atq; hoc modo errorem obijcere legenti: dicere ab illo quæstionem de eo, quod conuenerat, præstando hoc loco prætermisissam esse. Sed vtrumq; ferri potest. est enim in arbitrio scribentis, quomodo eo verbo, quod plura significat, vtatur: nec necesse est eum, qui de aliqua re disserit, omnia, quæ ad eam quæstionem pertinent, dicere. Et ne cui vsq; adeo mirum videatur, & non conueniens Paulo, quod dicimus, in hac specie, cum facio, vt des, respondisse illum de conditione: de re autem, quæ ex conuentione dari debuit, responsum omisisse: id ipsum facit omnino in ea specie, quæ illi ex facto proposita est ad discutiedum in *l. naturalis. in prin.* nimirum cum facio, vt facias. De hac enim agens in *§. vlt.* sic disputationem concludit si ergo hæc sunt, vbi de faciēdo ab utroque conuenit: & in proposita quæstione idē dici potest & necessario sequitur, vt eius fiat condēnatio, quanti interest mea seruum habere, quæ manumisi. Obserua eum de seruo tantū à me manumisso, id est, de eo, quod à me factum est, actionē dare in id, quod mea interest. Vtrum actionem præscriptis verbis intelligimus? minime, hæc enim de eo est, quod deducitur in conuentionem, non de facto retractando. Quæ ergo? nempe de dolo, vt supra in hac specie, cum facio, vt des, responderat; quia nulla sit in eam re civilis, id est, certa actio ex ijs, de quibus hic agitur, id est, nulla conditio. Id si in ea specie, quæ principaliter proposita erat, fecit Paulus, an vsque adeo mirum videtur, aut ab eius sententia alienum, idem eum in hac specie, cum facio, vt des, de qua prius, responderat fecisse? Quod etsi non constaret, dicitamen posset, quod iam monui, ferri posse, quod non satis dilucide loquitur Paulus, & quod non omnia, quæ vellemus, persequatur. hæc enim si vitia sunt, orationis sunt vitia, non sententiæ, quæ nihilominus vera retinetur. At illud ferendū non est, si quis dicat, cum facio, vt des, nullā esse actionē præscriptis verbis: itē de eo, quod conuenit, de dolo dari. Nā ad hoc refellendum satis est, si dicamus saltē tunc esse præscriptis verbis actionē, cum nullus dolus subest aduersarij: nam hoc ita probatur in *l. solēt. & eadem l. naturalis. §. sed fidedi. hoc tit.* vt qui neget, nihil amplius, quam ad verba ipsa eorum locorum sit reuocandus. Scio tē esse, qui dicat, vbi nullus dolus

etiam prætoriam, quod etsi superioribus locis satis coarguatur: tamen si quis id concesserit, quid profecturi sint, non animaduertit non enim Paulus tantum dicit, cum facio, vt des, nullam esse civilem actionē: sed etiam addit de dolo dandā, quod ipsum aperte falsum est, si nullus tuus dolus arguatur. Dicent dicitur Pauli sic esse interpretandum, de dolo dandā actionem, si aliquis dolus arguatur. Atqui ex hoc responso in id, quod volumus, incidunt, non esse verū, quod Paulus simpliciter definit, si eius responsum de eo, quod dari debet, accipimus. Sed illuc redeo, quod dixi, si nullus dolus arguatur, esse actionem præscriptis verbis, quod supra dilucide ostendimus. Hoc autē posito absurdum est, si quis neget etiā tunc, cum sciens alienū promiseris, non cõpetere mihi aduersus eandem actionem, quæ absurda etiā ex ipsa Pauli sententia nascuntur, si modo illa sententia est Pauli, quæ esse alij volunt. Atqui vt ea sententia se ipsa non refelleret: tamē cum de Pãdectis agatur, & sint alij loci disterte scripti superiori sententiæ cõtrarij, faciendum est, quod Iustianus iubet. id agendum videlicet, quantum possumus, ne vnus locus pugnet cum alio. *l. 2. §. contrarium. Cod. de ver. iur. emul. and.* In qua conciliatione si quæritur, quid factio sit opus, & qui loci quibus cedere debeant, in promptu est, quid sequi debeamus. quod positum à D. Augustino in *lib. 3. de doctrina Christiana*, in omni interpretatione & conciliatione dubiorum locorum obseruari decet, pauciora nimirum per plura, obscura & incerta per certa & dilucida interpretationem & legem capere debere. Quod cum ita sit in hac specie, vt in alteram sententiam, quam defendimus, plura sint & certiora testimonia, recte fit, atque ordine, si huic alios locos concedere iubemus. Sed tamen iam, si ita placet, locum hunc Pauli æq; plane, vt superiores, scriptum esse, & quidē ita, vt aperte neget actionem præscriptis verbis esse dandam: quid proficimus, nisi vt locum esse superioribus cõtrariū efficiatur? quod admissio, introduceretur etiānum hæc quæstio, quis a ijs cedere debeat. At hoc si quæritur, res est exposita. nã & vnus locum pluribus, & obscurum dilucidis, & quod sine ratione dicitur, veræ rationi parere oportet. Nunc autē quam multum loci in contrariam sententiā, satis supra demonstraui, Rationes vero, cur etiā in hac specie præscriptis verbis actio dari debeat, eiusmodi allatæ sunt, vt ne auctore quidem Paulo res dubitationem habere videatur. Conferamus ita contrariam sententiā: quid simile reperiemus? Immo vero vt quis dicat, nullam hic actionē esse præscriptis verbis, vbi fateatur negotium civile geri non minus, quæ eadem ratio, nisi inepta & ridicula reddi potest? Sunt, qui dicant ideo fieri: quia nihil in dante transferatur, nihil facienti absit. quod in poliente & faciente vestimenta perspicue falsum est: vt veram sit nihil trãferri: tamen satis est quid fieri, quod erat in potestate facientis non facere, quod factum ei absit, & simul ad voluntatem accipientis pertineat. alioqui idem in ea specie dicendum erit, cum facio, vt facias. Alij conuentionē dolo malo factam nullius momenti esse dicunt, quod ad hanc speciem non pertinet, vbi is, qui promittit, decipit ipse non decipitur, & si pertineret, falsum esset, quod ita promittitur, in eo inuilem esse pactioem, de quo satis supra diximus. Alij nullum hic negotium nominatis contractibus simile geri dicunt, vt consequens sit nullam iuris civilis actionē in eo dari, id est, præscriptis verbis: quod & ipsum cuiusmodi esset, abunde supra ostendimus. Reliquæ rationes, quæ ab alijs huc afferuntur, sunt eiusmodi, quæ refutatione non indigeant, adeo sunt negatiuæ, & se ipsæ satis ostendunt, quas refellit Alciatus *lib. 5. par. ad. cap. 1. Duaren. ad l. iuris gentium. in prin. ff. de pact.* Quare si hac sententia admissa quasi præscriptis verbis actio in hac specie in *§. quod si faciam.* non detur; non tamen perficimus, quominus & Paulum in eo non recte sensisse, & eius sententiā non esse seruandam fateri cogamur: an non præstat cõmoda aliqua interpretatione sic locum eius interpretari, vt eum retineamus & verbis interpretatio conueniat, & nihil sit in sententia Pauli absurdi, nihil quod cum alijs locis non recte conueniat? Dicamus tigitur breuiter hanc esse sensum Pauli, cum do tibi, vt des, vel do, vt facias, & posteaquam dedi, cessas dare, aut facere in his non tantum esse mihi actionē aduersus te de eo, quod conuenit: sed etiam dati repetitionem, in eamq; rem actionē civilem, & certam nempe conditionem ob causam dati causā non secuta, quod prioribus §§. de duob. illis generibus exposuimus. At si faciam, vt des, & posteaquam feci, cessas dare, esse quidem & hic actionem præscriptis verbis, si de eo, quod conuenit, præstando agatur. quod tanquam confessionem prætermisissam Paulo puremus? verum nullam esse in hoc genere civilem & certam actionem: nullam, inquam, talem, qualem in superioribus generi-

generibus esse dixerat, id est, nullam conditionem eius, quod factum est, ob eas causas, quas initio exposui; & ideo de dolo dandam: intellige hoc casu, quo facti repetitio & conditio quaeritur, quae iure civili nulla est. Quae si vera sunt, haec erit summa disputationis, quam de quatuor generibus propositis contractuum ex naturali, & aliis locis teneamus. Cum do, vt des, aut do, vt facias, neq; placiti fidem praestas, vltro petenti mihi dati conditio est: si modo quod dedi, sit in ea causa, vt per rerum naturam praestari possit. Quod si non poterit praestari, veluti, si dedi ancillam, quae a te manumissa est, licebit nihilominus mihi agere aduersus te in id, quod mea interest ancillam datam non esse: eritq; in eam rem de dolo actio, quae sententia est *l. cum proponas. C. de dol.* At cum facio, vt des, vel facio, vt facias, hic nulla facti esse potest conditio, & vt Pauli loqui arbitramur, nulla est civilis actio, quamobrem & hic eo nomine sine vlla distinctione de dolo dabitur. Atq; haec ita sunt, si de re data reuocanda velim experiri. Quod si in id agitur, vt mihi praestetur id, de quo conuenit, sic de omnibus contractibus incertis statuemus sine exceptione, siue dem, vt des: siue dem, vt facias: siue faciam, vt facias: siue id, de quo quaerimus, faciam, vt des, esse mihi aduersus te de eo, quod in conuentione deductum est, actionem civilem, & eam praescriptis verbis, idq; siue dolus tuus aliquis interuenierit, siue nullus. Et quia competit actio praescriptis verbis, ideo in hanc speciem de dolo non erit; quia cum civilis sufficiat, non sit a praetore danda. *d. l. iuris gentium. in pr. de pact.*

10 Vtrum si de dolo detur, an praescriptis verbis, hoc refert, quod de dolo actio famosa est. *l. i. D. de his, qui nor. in fam. l. pen. D. de in int. rest.* praescriptis verbis nequaquam: cum neq; edicto de infamibus, neq; vsquam alibi hac actione damnato infamia irrogetur. Actio de dolo intra biennium solum competit. *l. vi. C. de dolo.* actio praescriptis verbis, vt civilis, perpetua est, *inst. de perp. & temp. act. in pr.* Illud tenendum est, cum in his generibus actionem esse dicimus praescriptis verbis, simul hoc dicere nos, esse etiam actionem in factum. nam praescriptis verbis actio est in factum civilis. *l. i. & 2. hoc t.*

Præscriptis verbis actio quid sit, & cur sic vocetur.

C A P. XXI.

S V M M A R I A.

- 1 Praescriptis verbis actio, quid sit.
- 2 Praescriptis verbis actio cur ideo dicta.
- 3 Praescripta verba quid hic significant.
- 4 Praescriptis verbis actio cur dicatur subiecti, & subdi, pro dari.
- 5 Nomen actionis in agendo certum exprimi oportuisse iure Romano, si actio certum nomen habuit.
- 6 In praescriptis verbis actione nullum certum nomen exprimi, & quare.
- 7 In factum actionem esse etiam praescriptis verbis, non tamen in vsu iuris ita diu, & cur.

Hoc iure de praescriptis verbis, & in factum actione constituto, quid sit utraque, & cur ita vocetur; quid vna ab altera differat; quid singularum proprium sit, considerandum est. Ac quid si actio praescriptis verbis, ita facile poterit intelligi. Iam primum de hac actione Iulianus scribit in *l. i. h. t.* ad hanc confugere necesse esse, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili prodita sunt, dixit, quoties contractus, non autem in vniuersum, quoties negotia, seu causa existit. Ex quo colligimus, hoc verbum vsurpari solere non in maleficiis, aut aliis obligationum causis, sed in contractibus. dumtaxat: neq; his omnibus, sed iis tantum, quorum appellationes iure civili nullae sunt: nempe iis, de quibus supra differuimus, & in his solis, alioqui Iuliano ita dicendum fuit, ad quam confugere necesse est, quoties causae aliquae existunt, quarum appellationes, & quae sequuntur: non autem ad contractus incertos reuocare, quod omnium aliarum causarum commune erat. Iam in *l. i. & l. 2. eo.* scriptum est, non competere actionem praescriptis verbis, nisi cum cessant iudicia prodita, & vulgares actiones, siue cum deficiunt vulgaria atq; vsitata actionum nomina. Ex quo intelligimus, praescriptis verbis actionis nullum nomen esse merito, cum vnaquaeque actio ex eo negotio, vnde nascitur, nomen habeat; fieri autem non possit, vt nomen ex contractu nanciscatur ea, quae ex eo nascitur, cuius nullum nomen est. Neq; mirum sit esse aliqua negotia, in quibus nullum nomen proditum sit iure civili, natura enim, quae comparatum est, vt plura sint negotia, quam vocabula. *cit. in l. 1. eo.* His de natura huius actio-

nis separatim cognitis, nihil negotij est intelligere, actionem praescriptis verbis sic recte posse defini, vt sit nuda & simplex nullo proposito actionis nomine eius, quod in conuentionem deductum est, petitio, recepta in iis contractibus, quorum appellationes nullae iure civili prodita sunt. Dicam si esse hanc actionem ex eo, quod praescriptis verbis rem gestam demonstrat, & ea demonstratione vice nominis, quo caret, vtatur, & multis doctis viris placet, & iam olim docuit Duarenus ad *l. iuris gentium. in pr. de pact.* quod & mihi verissimum videtur. Est tamen, nisi explicetur, non vlt; adeo omnibus expeditum: & non desunt etiam ex viris eruditis nonnulli, qui totam hanc rationem nominis repudient, & ij quidem, quorum doctrina & auctoritas non parum mouere nos debeat. Quare, si placet, de eo amplius consideremus. Et paulo timidius de eo affirmaremus, nisi haec actio hac ipsa circumlocutione describeretur ab Alexandro Imperatore in *l. cum mota. C. de transact.* Sic enim ille, aut enim, inquit, stipulatio conuentioni subiecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est, id est, vno verbo, actio praescriptis verbis. Ineptum profus & aliena descriptio, nisi id, quod ad hanc actionem demonstrandam dicitur, proprium sit eius actionis. Quod si proprium, quis neget, cum verba cum te consentiant, actionem ex re ipsa esse appellatam? At a quo Imperatore ita dem haec descriptio est? Alexandro videlicet, qui non sapiens tantum, sed doctissimus etiam & consultissimus sit habitus, quiq; in consilio & iure reddendo doctissimis & prudentissimis Iurisconsultis maxime praeter ceteros sit vsus: vt nemo dubitare possit, quia consuetudinis loquendi, & iuris peritus Princeps in hoc verbo & rebus, & consuetudini loquendi, & iuri consentanea scripserit. Sed hoc intelliget certius, si cognouerimus, quid sit rem gestam demonstrare verbis praescriptis, & cur praecipue id facere haec actio dicatur, tum enim certo statuatur hanc verbi rationem, qua maxime rei, & naturae huius actionis esse conuenientem. Res gesta est id, quod factum, gestum, contractum est, vnde haec quoq; actio in factum appellatur, vt postea pluribus indicabimus. Demonstrat actio rem gestam, cum editur, sic enim editur, vt res, seu factum exponatur, sic deinde subiiciatur petitio. *l. edita. C. de eden.* Demonstrat verbis: nempe iis, quibus res gesta narratur & exponitur, dum ipsa editur. Demonstrat autem verbis praescriptis, vbi si praescripta accipere non debemus, certa & velut ad certam formulam concepta, vt eum dicimus conceptis verbis iurare (nulla enim in hac actione verborum conceptio est, quae in directis solum, & solemnibus actionibus olim obseruabatur, non in vtilibus. *l. antepen. D. de neg. gest.* alioqui vulgares & vsitatae actiones, quae certis conceptionibus constabant, multo magis praescriptis verbis dici debuerunt) sed praescripta verba hic declarant, ante scripta, dicuntur enim ita habita ratione ipsius petitionis, quae instituitur. Verba rei gestae praecedunt, seu, quod idem est, res, vt gesta est, ante narratur: sequitur deinde petitio, ita verbis rei gestae ante scriptis petitio subiicitur. Ad quem ordinem verborum & actionis alludens Papinianus in *l. i. in fin. eod.* pro his verbis, in factum civilis datur actio, dixit, in factum civilis subiicitur actio, cur subiicitur, nisi quia in ea proponenda aliquid praecessit? quid autem praecessit, nisi verba rei gestae, vnde merito haec praescripta, id est, ante scripta dicuntur, eademq; forma loquendi dictum est in *l. si pro fundo. C. de transact.* agi praescriptis verbis actione civili subdita. Nec dissimiliter praescriptionis verbo vsus est Cicero epist. 2. lib. 5. ad fam. dum ita scribit, iam illud s. c. quod eo die factum est, ea praescriptione est. Similiter & Corn. Tacitus lib. 1. Annalium, his verbis de Tiberio loquens: Ne edictum quidem, quo patres in curiam vocabat, nisi Tribunitia potestatis praescriptione posuit sub Augusto accepta. Id est, nisi prius scripto titulo Tribuni plebis, quo se ostenderet eam vocationem instituere non pro imperio principis, sed solum pro Tribunitia potestate, quam ab Augusto accepisset. Dixerit hoc loco aliquis, nihil in hac praescriptione & demonstratione rei gestae proprium esse huius actionis, rem enim esse omnium actionum communem, vt eum actio editur, factum & res ante gesta exponatur, tanquam causa actionis: deinde subiiciatur petitio. nam nisi id sit, neq; aduersarius speciem facti intelligere potest, neque illud scire, vtrum cedere, an contendere debeat ignorans, siue aliqua idonea causa, cur a se petatur, an nulla, quod tamen illi in omni actione edenda praestandum est. *l. edita. C. de eden. l. i. D. eo.* Quod si verum est, non magis videtur haec actio dici debuisse praescriptis verbis, quam ceterae omnes, in quibus eadem verba praescribuntur in editione actionis. Sed neminem mouebit haec obiectio, qui intelliget actionem pra-

præscriptis verbis ideo ita dictam; quia solum verbis præscriptis rem gestam demonstraret, non etiam alio indicio actionis proprio ad se ostendendam vteretur: similiter vt obligationes ex consensu dicuntur, non quæ consensum in se habent (alioqui omnes obligationes ex contractibus descendentes dicerentur ex consensu nasci: cum nullus sit contractus, qui non habeat in se consensum & conventionem. l. i. §. i. D. de pact.) sed eæ, quæ solo consensu contrahuntur. *Instit. de obl. ex cons.* Ceteræ actiones certæ & vulgares verba quidem rei gestæ habent: se in his non consistunt, est aliud quiddam earum proprium, quo vnaquæque designatur in iudicio, & vnde nomen habet itidem, vt in iis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, fieri videmus, quæ præter consensum, aut rem, aut verba, aut literas desiderant, hæ enim non consensu contrahi dicuntur, sed aliæ re, aliæ verbis, aliæ literis. Quid ¶ ergo in ceteris actionibus vulgaribus eodem die, & proponendis requiritur, quod sit proprium vniuscuiusque? nomen certum actionis, quod in actione proponenda exprimi iure Romano oportuit, ac sine eo nulla fuit actio, vt pluribus ostendi ad *l. edita. C. de edem. patetque ex l. i. & l. a. hic. l. i. ff. si mens. sal. mod. dix.* hinc illa veterum dubitationes in quibusdam causis, de titulo & nomine certo actionis constituendo, cum alij alium contractum, aliamque actionem esse dicerent. l. i. ff. de estimas. act. l. naturalis. §. vlt. l. si sibi rem. §. Iulianus l. apud. §. i. & similibus. hoc vit. quæ omnis superuacua erat quæstio, si in illis speciem tantum facti aperte proponere sufficiebat, ac deinde petere, vt id, de quo conuenit, præstaretur.

Hæc ¶ nomina cum in omnibus negotiis non occurrerent, cum, vt dixi, plura sint negotia, quam vocabula: necessitas eo rem deduxit, vt aut in his deneganda esset actio, aut præscriptis verbis esset agendum. Non si nomen actionis nullum fuit, ideo actionem denegari oportuit, si eam dari eadem æquitas postulabat, quid enim nomen de re mutare debuit, aut potuit: bene Iustinianus in l. 2. C. com. de leg. dicit leges non verbis, sed rebus esse imponendas. Ita hoc relictum est, vt confugiendum fuerit ad actionem præscriptis verbis, vt dicitur in l. 2. §. 3. eod. id est, ad eam formulam, qua sine vilo nomine actionis res gesta tantum demonstraretur verbis, ac deinde ex re ipsa petitio iubiiceretur. Inde præscriptis verbis dicta, quæ ita rem gestam demonstrat his verbis, vt hac demonstratione pro iusto nomine vtatur. Quæ cum videamus tam præclare rebus conuenire, & præterea tam aperta descriptione doctissimi Imperatoris confirmari, neminem facile postea futurum arbitror, qui his cognitis hic amplius hærendum esse arbitretur.

Non desunt tamen, vt dixi, etiam doctissimis hominibus quibusdam rationes, quibus hæc notatio improbetur. Nam si ex eo dicta est actio præscriptis verbis; quia verbis ante scriptis rem gestam demonstrat, quæcunque actiones ita verbis rem gestam demonstrabunt sine vilo nomine actionis, eæ dicentur præscriptis verbis, necesse est enim, cui definitio nominis conuenit, eidem tribui & nomen definitum, itaque etiam in factum actiones prætoriaræ erunt præscriptis verbis. nam & hæc ipsa rei gestæ demonstratione, non vilo certo nomine actionis constant. At prætoriaræ in factum actiones, quales sunt, quæ in subsidium legis Aquiliæ dantur, non sunt actiones præscriptis verbis, satis enim constat actionem præscriptis verbis civilem esse, de quo postea, non prætoriam: ex contractu, non etiam ex delicto. Non igitur ex ea rei gestæ demonstratione præscriptis verbis actio dicta est. Addunt etiam Græcorum auctoritatem, nam Harmenopolus lib. 2. Epit. cap. 3. si hanc actionem expressit, vt eam nominaret τὴν ἀγορῆς ἐπιμύθων συμφώνων: vt sit actio præscriptarum conventionum, seu ex præscriptis conventionibus, siue ex præscripto conventionum.

Et ¶ quod ad superiorem rationem attinet, agnosco eam esse eiusmodi, quæ sit animaduertenda. nam & ego illis assentior, si vera notatio est, dicendum esse, quæcunque actiones demonstratione rei gestæ pro nomine, quo carent, vtantur, eas & præscriptis verbis esse actiones. Idem admitto consequens esse, etiam in factum actiones, quæ sunt prætoriaræ, præscriptis verbis actiones dici posse, & re vera esse. Hoc illi fallum esse, & certis locis teneri putant. Ego docco esse verissimum: omninoque ita se rem habere, vt quæcunque est præscriptis verbis actio, eadem

fit & in factum: & contra quæcunque est in factum, eadem fit & præscriptis verbis.

\* \*

In factum actio quid sit, & quid ab actione præscriptis verbis differat.

C A P. XXII.

S Y M M A R I A.

- 1 In factum actio, quid sit.
- 2 In factum actionem eandem esse & præscriptis verbis, & qua præscriptis verbis, eandem in factum.
- 3 In factum actionem & actionem præscriptis verbis significatione eadem, in vsu tamen iuru distingui: & quamobrem.
- 4 Harmenopuli sententia de actione præscriptis verbis explosa.
- 5 Præscriptis verbis actionem, qua dicitur, non ideo esse ex verbis.
- 6 Præscriptis verbis actionem minime esse ex præscriptis conventionibus, seu ex præscripto conventionum, & minime inde dici.
- 7 Præscriptis verbis actionem dicimus, an ex præscriptis verbis, multum interesse, & in eo valde falsum esse Harmenopolium.

Quid ¶ est enim in factum, aut quæ vis huic verbo subiecta est? Et dicitur in factum, non quæ datur auersus factum: omnis enim actio in personam ex facto est aduersus personam, non aduersus factum. l. actionum. in pr. & §. i. ff. de obl. & act. sed in factum valet, iuxta, siue secundum id, quod factum est, concepta & composita actio. Quod ex eo intelligimus, quod pleiisq; in locis cum in factum actio, aut exceptio nominatur, additur concepta, aut composita, vt l. quod bonis. in pr. ff. ad leg. Falc. §. i. Inst. de ex. Quomodo autem concipitur, aut componitur in id, quod factum est? verbis videlicet, quæ ante scripta id ipsum factum, id est, rem gestam demōstrant. Atqui ¶ nihil aliud declarat præscriptis verbis actio, quam eam ipsam actionem, quæ verbis in factum composita, aut concepta est, cum enim nomino actionem præscriptis verbis, oratio est, cui apparet aliquid deesse, subauditur autem constans, vel concepta, seu composita. In quid autem verba præscribuntur, seu præscripta concipiuntur? nempe in rem gestam, vt appellat Alexander in d. l. cum mota. C. de tran. act. id est, vt nunc loquimur, in factum, vnde & præscriptis verbis actio dicitur in factum. leg. i. & passim. nota hoc. Et vt intelligatur in præscriptis verbis ea verba significari, quæ præscribuntur in factum: interdum plena oratione coniunguntur ista, diciturq; actio præscriptis verbis in factum, vt *Tirius eod.* quod nihil aliud est, quam actio, constans verbis in factum præscriptis. Ex quib. apparet, vtiusq; verbi vim & potestatem esse eandem: siq; fieri omnino, quod dixi, vt omnis præscriptis verbis sit etiã in factum, de quo cōuenit. l. i. si vlt. leg. si sibi rem. & passim. eo. sed & idem vice versa valeat, vt quæ in factum est composita, fit, & constat verbis in factum ante scriptis, id est, præscriptis. Sed ¶ frustra laboramus, dicenti: cum certo constet actiones in factum ab actionibus præscriptis verbis distingui, quippe actiones in factum etiam ex maleficiis nasci, eademq; esse prætorias. l. quia actionum. eo. at præscriptis verbis actionem ex contractibus dari. l. 3. eo. & civilem esse, nō prætoriam. l. iur. i. §. i. in pr. D. de pact. leg. solent. hoc. Nego hæc esse contraria, distinguuntur enim ista in vsu iuris non vi & significatione verborum; sed docendi gratia. Notatio & vis horum verborum manifesta est, vt dicatur in factum, quæ est in factum, & rem gestam concepta: & præscriptis verbis, quæ constat his ipsis verbis in factum scriptis: vt latine scientibus sine dubio vtrumq; compendio sermonis idem exprimat. Sed in vsu iuris distinguuntur ista, vt præscriptis verbis intelligatur ea, quæ est in factum civilis, ex contractibus incertis prodita: actio autem in factum generis quidem nomen sit: vt plurimum autem dicatur ea specialiter, quæ ex maleficiis, aut quasi maleficiis, quorum nullæ sunt iure civili appellationes, competit, dicitur leg. quia actionum. eo. l. actionum. in fin. D. de obl. & act. An quia, inquam, istorum significatio diuersa est secus, quæ diximus: minime: sed quia visum est ad docendum commodius singulas res singulis appellationibus distinguere; quia singularia su s nominibus notata facilius discernantur. Hoc si a nobis nunc primum excogitatum esse a defensionem; ceterum nouum & alis in rebus inusitatum putamus, in iure civili peregrini & hospites sumus. Notum est enim, quid Iustinianus scribat de verbis iniusti, rupti, & irriti facti testamenti in §. alio. *Instit. quib. mod. test. infr.* Si vim & significationem verborum sequimur, quodamq; inuultum est, idem irritum est, & nullum irritum, nisi quod iniustum, idemque de rupto & irritum multo magis licet dicere, nam & quod rumpitur, irritum fit sine dubio: & quod sit irritum, quid aliud, quã rumpitur? quod & Iustinianus ibidem testatur. Atqui ista distingui scimus in vsu iuris,

iuris, ut quædam non iure facta dicantur, quædam iure facta rumpi, vel irrita fieri. An quod illa si verborum vim spectamus, non idem significant? imo, inquit Iustinianus; quia commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui. Et ne id in superioribus tantum verbis factum putemus, idem videmus euenire in re quam simillima, nimirum in verbis actionis & petitionis, quæ cum idem significant, ut indicat *l. exstat. in pr. ff. quod met. caus. tam: n. in iure docendi causa ita distinguuntur, ut sint species aduersæ; sitque actio in personam, petitio in rem, & nihilominus rursum actio generis nomen obtineat. l. actio. ff. de obl. & act. l. pecunia. §. actionis. D. de verb. sign. Quid actio ex stipulatu, nonne si verbi significatio attenditur, omnem actionem continet, quæ est ex stipulatione, etiam certa? non est dubium, nam stipulatus valet idem, quod stipulatio, neq; aliud declarat hoc verbum in *l. pecunia. in prin. ff. de v. sur. l. 3. in fin. C. de inutil. stipulation. vnde actio ex stipulatu dicta etiam tunc, cum certa est stipulatio: ut sit actio ex stipulatione. leg. prædia. ff. de act. em. l. si pacto. C. de pact.**

Atqui vltus iuris obtinuit, ut actiones ex stipulatione sic distinguantur, ut ex certa sit conditio certi, ex incerta sit ea, quæ proprie appellatur ex stipulatu, & quidem ita, ut ea negetur ex stipulatione certa competere in *l. si quis certum. D. si cert. per.* Quare non est, quod ista obiectione deterreamur, quominus eam notationem, quam posui, quæ se ipsa ostendit, & certa auctoritate Imperatoris Alexandri nititur, retineamus. Sed † opponitur nobis auctoritas Harmenopuli. Grauis scilicet auctor Harmenopulus, & dignus, cuius audiendi causa vadimonium deseratur, credo; quia Græcus est, & aliena lingua, non Latina vitur. At vide, quam à plerisque, qui istum nobis obrudunt, dissentiam. Ego si quid verum me habere credam, continuo mihi suspectum fiat, si idem ab Harmenopulo positum videam, de quo homine non necesse habeo dicere, quod sentio, & quod homines eruditi, cum parcissime loqui volunt, de eo dicere solent, hominem peregrinū fuisse, in iure Romano non satis exercitatum, sæpe etiam rudem videri. Tantum dicam, quod huius loci proprium est, vel hunc vnum locum, & interpretationem Harmenopuli de actione præscriptis verbis abunde sufficere, ut probetur isti homini non tam peritiam iuris Romani, quam iudicium, & linguæ Romanæ etiam mediocrem cognitionem defuisse. Cum ille præscriptis verbis interpretatur τῶν προγεγραμμένων συμφωνῶν nēpe verba interpretatur conuentiones, & præscriptis verbis idem valere vult, quod ex præscriptis verbis, seu ex præscripto cōuentionum, idem enim declarat actio locati & conducti, quod actio ex locato & conducto: actio emti & venditi, quod ex emto & vendito. Quam in paucis verbis multa peccata. Principio † quomodo hæc actio ex verbis? nullo vero modo ex verbis nasci dici potest. nam primum nō semper cum trado tibi aliquid, nominatim cōuenit verbis, ut vicissim aliquid facias: sed ex eo, quod certo modo datur, tacite intelligitur, quid agatur: nec tamen minus hinc nascitur præscriptis verbis actio de eo, quod tacite actū est, quam si nominatim cōuenisset, ut, si dem tibi seruum quæstionis habendæ causa, cum furti argueretur, neq; nominatim conuenit, ut, nisi de eo competum esset, redderes: si gratuitam habitationem dedi, si dedi annulum inspiciendum, neque conuenit, ut redderes. In omnibus quia id agitur, ut quod alicuius rei gratia tibi trado, ea re finita reddas; actio præscriptis verbis competit, ut reddas. *l. si dominus. l. si gratuitam. in pr. l. duo. h. t.* Et quomodo tandem ex verbis actio dici potest, vbi de re præstanda nulla omnino verba sunt? Demus nominatim conuenisse, ut dares, aut faceres, num ideo obligatio, aut actio ex verbis? Ex conuentione, & pacto nasci dici potest: ex verbis non potest. Neq; enim conuentionio est, verba: sed is consensus, qui verbis declaratur, neque cum aliquid conuenit in emtione & venditione, locatione & conductione, & similibus contractibus, qui consensu perficiuntur, etsi verbis id caueatur, ideo ex verbis obligatio, seu actio nasci dicitur, sed ex consensu. Tunc solum verborum, seu ex verbis obligatio esse dicitur, cum præter consensum ad obligationem contrahendam verbis, id est, interrogatione & responsione est opus, quæ cum in his contractibus, cum do, ut des, do, ut facias, & ceteris similibus nō desiderentur, perspicuum est, neq; hic actionem esse ex verbis, neq; ita dici præscriptis verbis, quasi verba hic significant τὰς συμφωνίας, seu, conuentiones. Iam † vero quid est hoc actionem præscriptis verbis dici; quia sit non tantum ex verbis, sed etiam ex verbis præscriptis, seu ex præscriptis conuentionibus, aut præscripto conuentionum? Si hoc intelligit, cum do, ut des, aut facias, cum facio, ut des, aut facias, nisi conuentionio

præscripta erit, non competere præscriptis verbis actionem, toto iure errat. Ex contractibus incertis est hæc actio, nihil porro ad obligationem scriptura facit, si alio modo contractus probari potest. *l. 4. D. de fid. Inst. l. cum instrumentis. C. eo.* Sin hoc putat, competere hanc actionem etiam nulla scriptura interueniente, quis nō videt eum non attendere, quid dicat, si hoc dicit, nihilominus actionem ex ante scripta conuentione nuncupare, vbi scriptam conuentionem nullam esse fateatur quod plane idem est, ac si quis actionem ex verbis esse dicat, ut vbi res sine verbis gesta est, aut literarum obligationem, vbi nullas literas esse concedat. At ego plus dico, etsi conuentionio præscripta sit, & ea agatur: non ideo tamen dicendū esse hanc actionem ex præscriptis conuentionibus, seu præscripto conuentionis. Nascitur obligatio & actio ex conuentione, seu contractu, qui instrumento continetur: non ex scriptura, quæ, ut dixi, ad fidem rei gestæ tantum, ad obligationem pertinet. *d. l. 4. ff. de fid. Inst.* Emtio mihi tecum contracta est, & instrumento præscripta, dicitur tamen actio ex emto esse ex emtione, non ex præscripto emtione, aut conuentionis, similiter etsi à te stipulatus sum fundum, & res instrumentis gesta sit: dicatur tamen ex verbis, seu verborum obligatio aduersus te nasci, non etiam ex scriptura, seu præscripto verborum, aut stipulationis. Sciamus igitur ex scriptura conuentionis præcedente, siue ex præscripto conuentionis hanc actionem præscriptis verbis non esse appellatam, siue scriptura reuera præcesserit, siue nulla, quod quidem postremum nullam dubitationem habere potest. Atq; hæc quidem illum, si quid in iure intelligeret, satis monere potuerant, non sic præscripta verba in hac actione accipienda esse quasi ea, quibus conuentionio ab initio composita est, significarentur. Sed † apparet, quid eum deceperit. Ille putauit actionem præscriptis verbis idem esse, quod actionem ex præscriptis verbis. nam, ut dixi, τῶν προγεγραμμένων συμφωνῶν est interpretatus: quod valet præscriptarum conuentionum, seu ex præscriptis conuentionibus. In quo iam nō iuris ignorantia, sed ipsius etiam Latini sermonis inciticia turpiter labitur, multum enim inter ista interest. Actionem ex præscriptis verbis cum dico, ea adiectione, ex præscriptis exbis, causam & originem significo, vnde hæc actio nascitur, nempe contractum & conuentionem. Actionem præscriptis verbis cum dico, per verba præscripta illa intelligo, quibus in edenda actione res gesta exponitur, & demonstratur, ut est in *d. l. cum mora. C. de transact.* Inter quæ tantum interest, quantum inter causam & effectum, inter contractum & actionem, siue instrumentum id, quo ad instituendam actionem vitur. En eur Harmenopuli auctoritati tantum tribui debeat, ut eam in notatione, & significatione huius verbi etiam manifestæ sententiæ optimi auctoris Alexandri opponere oporteat. Nos vero cauebimus, si sapimus, ne tam bono interpreti quidquam in posterum facile credamus. Manebit igitur, quod initio posueram, restat Alexandrum hanc actionem ita expressisse, ut diceret eam esse, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, & omnino inde esse nominatam. Illud cauendum, etsi inde non diceretur, ne tamen ideo dictam putemus, quia sit ex præscriptis verbis, id est, ex præscriptis conuentionibus.

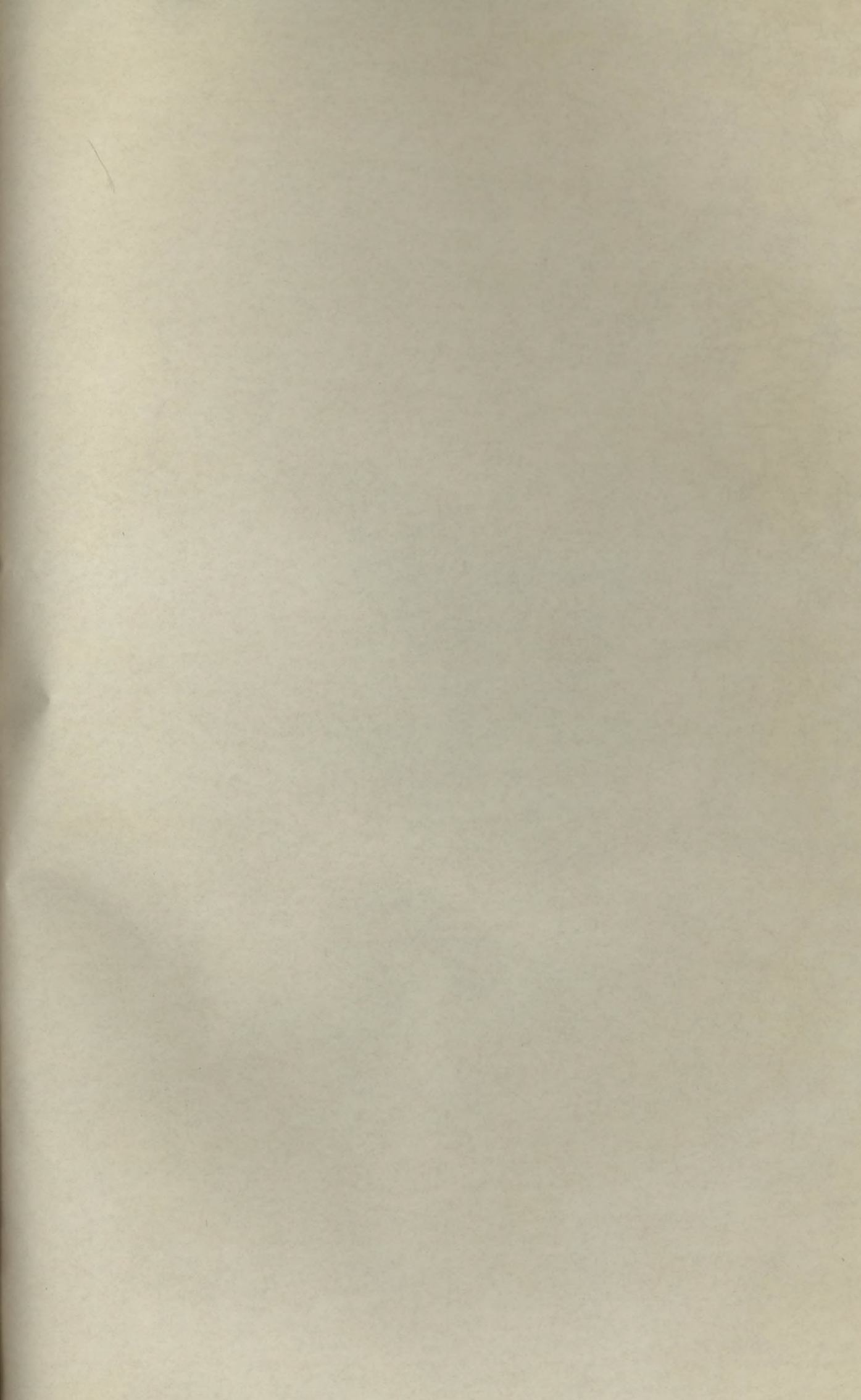
Quæ, & qualia sint ea, quæ tanquam propria actioni præscriptis verbis passim tribui legimus.

## CAP. XXIII.

## SUMMARI A

- 1 Præscriptis verbis actionis propria quæ.
- 2 Præscriptis verbis actio cur dicta in factum.
- 3 Præscriptis verbis actio cur ciuili dicta.
- 4 Præscriptis verbis actio cur vtilis. & num. 5. 6.
- 5 Directa actio & vtilis quid, & vnde dicta.
- 6 Certa & solemnes actiones, isomque vulgares & vsitate, quæ & cur ita dicta.
- 7 Negotia cum do, ut des, do, ut facias, facio, ut des, facio, ut facias, si in speciem certi alicuius contractus non cadunt; certis tamen esse similia & quibus.
- 8 Præscriptis verbis actio incerta, & cur ita dicta. Proprius contractus, specialis & distinctus ab aliis, in l. rogasti. de præl. verb. ibid.
- 9 Præscriptis verbis actio incerti dicta, & cur.
- 10 Præscriptis verbis actio in id, quod interest, etiam cum, cum do, ut des, aut facio, ut des: & cur hoc præter regulam iuris.
- 11 Id, quod interest, an res, quæ dari debet, petatur, quid inserit.









Ad L. Frater tuus. 1.

Imp. Antoninus A. Floro militi.

*Frater tuus miles si te specialiter in bonis, que in paganico habebat, heredem fecit: bona, que in castris reliquit, petere non potes, etiam si is, qui eorum heres institutus est, adire ea noluerit: sed ab intestato succedentes veniunt: modo si in eius locum substitutus non est, & liquido probetur fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse. Nam voluntas militis in expeditione occupati pro iure seruetur. Accepta s. Idus Septemb. Duobus & Aspris Coss. 213.*

S Y M M A R I A.

- 1 Miles si fratrem heredem ex bonis paganis instituit, ad quem castrensia pertinere debeant.
- 2 Quid item si nominatim quempiam instituerit, isque adire noluerit, vel non potuerit.
- 3 Duobus heredibus à milite institutis, vno deficiente, vtrum eius portio ad coheredem pertineat, an vero ad heredes ab intestato succedentes.

Miles si fratrem heredem instituit ex bonis paganis, id est, non castrensiibus. Quæritur est, reiliqua bona castrensia militi ad quem pertinere debeant, vtrum ad fratrem heredem institutum, an vero ad heredes militis ab intestato succedentes? Placet non ad fratrem, sed ad heredes legitimos: idque certa ratione; quia miles nullum heredem in castrensiibus bonis instituendo, pro iis bonis intestatus decessit. Proinde in illis intestati ius sequi debemus. Si de testamento pagani ageretur, tunc ius esset, vt qui solus ex vna parte heres est, etiam heres sit ex ceteris omnibus, l. qui ex duobus. in princ. l. si solus. de acquir. hered. Sed hoc eo fit; quia in paganis ius non patitur, vt quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, l. ius nostrum. de regul. iur. Quod ius in militis testamento locum non habet, qui ex privilegio militum pro parte testatus decedere potest, & pro parte intestatus, l. si miles vnum. §. l. quærebatur. ff. eod.

Si miles si in reliquis castrensiibus bonis alium heredem nominatim instituerit, atque is hereditatem non adierit, vel quia non potuit, vel quia noluit, an non saltem hoc casu bona castrensia ad fratrem coheredem pertinebunt? Mouet dubitationem, quod hoc casu miles ex omnibus bonis testatus ab initio decessit, cui consequens est, vt hic quoque testati ius sequi debeamus. Est autem ita ius commune, vt pluribus heredibus institutis, si vnus portionem suam adierit, deficientium coheredum partes ei acquirantur etiam inuito, l. qui ex duobus. §. vlt. de acquir. hered. l. vn. §. ex iis. infr. de cad. toll. Et placet hoc loco etiam hoc casu deficiente coherede bona castrensia ad heredes peruentura esse, non ad fratrem heredem institutum. Ad recte. Nam hic quoque miles pro iis bonis testatus decessit. Nec ad rem pertinet, quod ab initio in iis bonis heres institutus est; nihil enim interest, vtrum non sit institutus, an institutus hereditatem non adiret. Non is tantum intestatus intelligitur, qui heredem nullum instituit, sed etiam ex cuius voluntate hereditas adita non est, vt est definitio intestati sub tit. l. i. de hered. qua ab intest. deser. in princ.

Non obstat, quod iure communi deficientium coheredum partes reliquis accrescant, qui suas acquisuerunt: hoc enim ius ad testamentum militis non pertinet; ideo enim ius ad accrescendum constitutum est inter plures heredes testamento scriptos, ne quis pro parte testatus decedat, pro parte intestatus, quod periculum in milite non metuimus. Et huc pertinet ratio reddita in d. l. si miles. §. ff. b. Sed bona castrensia, de quibus quaeritur, ita deficiente coherede (sic etiam deficiente coherede, reliqua bona deficientis) placet pertinere ad legitimos heredes, non autem ad fratrem hic institutum, si duo concurrant, que hac lege comprehensa sunt. Vnum est, si hic frater coheredi suo substitutus non sit. Nam in hac substitutione manifesta est voluntas militis, volentis castrensia bona ad fratrem redire. Alterum est, si liquidum probatur, militem voluisse hæc bona ad fratrem suum pertinere. Ex quo intelligimus, si heredes legitimi in proposito nihil tale probent, bona hæc in re dubia peruentura ad fratrem, non ad heredes legitimos.

Huic sententiæ opponitur l. seq. & præcipue l. si duobus. ff. b. vbi duobus heredibus institutis à milite, si vnus hereditatem non

adierit, eius portio pertinet ad heredem, ab intestato succedentem; non autem ad coheredem institutum, nisi ipse vltro probauerit militem voluisse portionem deficientem ad se pertinere. Respond. Obseruandum est in d. l. 2. infr. & in d. l. si duobus. cum heredem, ad quem volumus deficientem portionem peruenire, proponi heredem extraneum, & qui ab intestato successurus non esset. In hac lege contra proponitur is esse frater militis, quem constat etiam ab intestato fratri successurum fuisse, si defunctus neque liberos, neque patrem, aut matrem habuit, quod in proposito contigisse ex eo conicere licet, quod in hac lege nominentur indefinite heredes ab intestato succedentes, non autem nominatim pater, mater, liberi defuncti, quod prætermisum non fuisset, si tales heredes habuisset miles, arg. l. seq. vbi nominatim mater defuncti militis appellatur.

Proinde sic distinguemus: Cum duobus heredibus à milite institutis, vno deficiente quaeritur, vtrum eius portio ad coheredes pertineat, an vero ad heredes ab intestato succedentes? Refert, vtrum is coheredes, ad quem portionem deficientem redire volumus, sit extraneus, & qui ab intestato non succederet, an vero is, qui etiam intestato militi succederet. Nam si extraneus erit, portio deficiens ad eum non pertinebit, optima ratione; quia pro ea parte miles intestatus decessit. At si etiam coheredes intestato militi succederet, portio deficiens ad eum pertinebit, ea ipsa ratione, qua supra vti sumus. Quia pro ea parte miles decessit intestatus, etiam consequens sit in causa intestati militis, eum quoque heredem succedere, qui ab intestato succederet, qualis est frater in proposito, ex parte institutus. Sed hoc cum hac exceptione, nisi alij heredes ab intestato succedentes probent militem noluisse ea bona, de quibus quaeritur, ad fratrem institutum peruenire, quod probantur, si aut codicillis id declarauerit miles, aut eorum testibus significarit, se hoc velle.

Ad L. Miles si. 2.

Imp. Anton. A. Septimio militi.

*Miles si castrensiuum tantummodo bonorum commisit ad nem suum instituit heredem: cetera bona eius, vt intestati defuncti, mater eius iure possidebit. Quod si extraneum scripsit heredem, isque adit hereditatem: bona eius in te transferri non iure desideras. PP. 11. Kal. Mart. Antonino A. IV. & Balbino Coss. 214.*

S Y M M A R I V M.

- 1 Matri præterita in testamento militis an queri liceat de inofficioso testamento filij.

Quemadmodum cum miles pro parte bonorum heredem instituit, pro reliqua parte intestatus decedit, eoque portio reliqua pertinet ad heredes legitimos, vt ad matrem, in specie hic proposita, quod conuenit cum l. præcedenti. Ita si in reliqua parte miles alium coheredem instituerit, & is hereditatem adierit, in totum excluduntur heredes reliqui legitimi, etiam si sit defuncti mater, vt hic constitutum est. Sed si licet ne matri præterita filiiem queri de inofficioso testamento filij? Respondeo: Licet, si filius paganus fuisset, Inst. de inoffic. test. in pr. l. 1. ff. eod. Sed hoc ius ad testamenta militum non pertinet, quorum, vt dixi, voluntas pro iure seruetur, l. 1. sup. & ideo placuit de inofficioso testamento militis, nec militem quidem præteritum queri posse, siue sit is defuncti filius, siue pater, l. si instituta. §. de inoffic. test. ff. de inoffic. test.

Ad L. Et Quamquam. 3.

Imp. Anton. A. Vindiciano.

*Quamquam militum testamentaria iuris vinculis non subiiciantur, cum propter simplicitatem analitarem, quomodo velint & quomodo possint, ea facere his concedatur: tamē in Valeriani quorundam centurionis testamento institutio etiam iure communi accepit auctoritatem. Nam cum pater familiaris filiam ex duabus vnciis, uxorem ex vncia heredes scripserit, nec de residuis portionibus quicquid significauerit: in tres partes diuisisse eam*

*eum apparet hereditatem: ut duas habeat, quæ sextantem accepit: tertiam, quæ ex uncia heres est instituta. PP. Kalendis Nouembr. Antonino A. IIII. & Balbino Coss. 214.*

## S V M M A R I A.

1 Miles si filiam ex duabus vxorem ex vna uncia instituerit, ad quod reliquæ nouem uncie pertinere debeant, vtrum ad heredes scriptos, an ad heredes legitimos.

2 Nomina appellatiua naturalia sunt, ac proinde immutabilia.

Miles ꝑ filiam ex duabus vnciis heredem instituit, vxorem ex vna uncia, de reliquis vnciis nihil significauit, quid fieri veller. Reliquas vncias dicimus nouem. Nam solemnis & vsitata diuisio hereditatis constat vnciis duodecim, §. hereditas. Instit. de hered. instit. Ob eam causam quæritum est, reliquæ hæ vnciæ nouem, ad quos pertineant, vtrum ad heredes scriptos, an ad heredes legitimos? Quæstio nata est ex ea sententia, quæ constituta est l. i. l. 2. sup. Quoties enim miles ex parte bonorum heredem instituit, pro reliqua parte intestatus decedere intelligitur; itaque fieri, vt ea pars pertineat ad heredes legitimos. Huic sententiæ conueniens esse videbatur, vt cum hic quoque miles de tribus tantum vnciis cauerit testamento, reliquæ vnciæ nouem tanquã intestati perueniant ad legitimos heredes, non autem ad heredes scriptos tantum.

Hoc loco contra rescriptum est. Placet enim hic totam hereditatem pertinere ad heredes scriptos, eamque diuidi in tres partes, ex quibus filia duas vncias habeat, mater vnam, quod recte constituitur. Verum est enim eum, qui ex parte testatus est, pro reliqua parte intestatum videri, & quidem multo, magis si heredem ex re certa, puta ex fundo instituerit, l. si miles vnum. ff. h. tit. Sed qui heredem, aut heredes ex certis vnciis instituit, puta ex tribus, vt hic, non de parte bonorum testatus est, sed de tota hereditate: quia in iis tribus vnciis expressit totam posuit hereditatem. Scien- dum est enim, testatorem posse hereditatem diuidere in quot- eundem que vncias velit, & quemadmodum posuit, ita si paucio- res vncias expresserit, quam duodecim, in has solas videtur he- reditatem diuisisse, §. hereditas. Instit. de her. instit. Et quod illic de testatore pagano scriptum est, id hoc loco traditur de milite testa- tore. Et hoc est, quod in principio huius rescripti dicitur, institu- tionem hoc loco propositam, etiam si testator miles non sit; tam- en iure communi auctoritatem accipere, id est, valere, vt he- reditas consistat in iis tribus vnciis, de quibus diximus.

Sed cur institutum heredem ex fundo non intelligimus in- stitutum esse ex tota hereditate, quemadmodum institutos ex tribus vnciis, ex tota heredi- ate institutos interpretamur? Res- pond. Quia fundi significatio refragatur. Nam fundus rem certã natura significat, neque sententia patitur, vt ceteræ res hereditariæ contineantur fundi appellatione. Sed nec contineri possunt etiã si miles velit, quia ꝑ nomina, quæ dicimus appellatiua, id est no- mina imposita ad substantiam rei significandam, naturalia sunt, ac proinde immutabilia, l. 4. ff. de legat. 1. Ad vnicarum appellatio ex arbitrio hominum variatur, modo enim significat partes affis; modo totam hereditatem significat in iis expressis consistentem. Et merito hæc significatio pro voluntate testatoris mutatur. Vnicarum enim nomina ex arbitrio hominũ imposita sunt, non ad significandam substantiam rerum; sed ad commoditatem diuisio- nis & partium exprimentarum, proinde etiam non immutabilia, vt nomina rerum propria, d. l. 4. de legat. 1.

Sane in vnciis exprimentis inter militem & paganum hoc in- terest, quod paganus si ex certis vnciis heredem instituit, pro reliquis intestatus decedere non potest, etiã si velit; miles potest, si significet se id velle. Et hæc est differentia, quæ in hac re significa- tur m. d. §. hereditas. Instit. de her. instit. Ceterum in obscura voluntate vtriusque; hoc conuenit inter vtrumque; vt qui certis vnciis expres- sis testatus decessit, in has solas vncias totam hereditatem diuisisse intelligatur, & nulla ex parte decessisse intestatum.

Ad L. Si Rufinus vir. 4.

Imp. Alexander. A. Iunio.

*Si Rufinus vir clarissimus tibi tribunus laticlavius maior annis lege d. finitis faciens testamentum, te manumisit: iustam tibi libertatem competisse, scire debes, &c.*

## S V M M A R I A.

- 1 Miles minor an seruum suum in testamento manumittere possit.
- 2 Constitutiones posteriores prioribus legib. derogant sic contraria sint.
- 3 Libertus Orcinus quis.

Lige Ælia Sentia vetatur minor 20 annis seruum suum manumittere; aliter, quam vindicta, neque vindicta manumittere aliter permittitur, quam si iusta causa erit manumittendi; eaque fuerit consilio approbata, §. eadem. Instit. quib. ex caus. man. non. & c. vbi & causæ iustæ comprehensæ sunt. Iustinianus pro minore 20. annis substituit plenam pubertatem, id est, 17. annos, quæ ætate minorem vetuit seruum suum testamento manumittere, §. pen. Instit. eo. Hoc ius ꝑ an etiam ad militem pertineat, quæritum est, si miles minor seruum suum testamento manumittat? Mouit dubitationem ius militare, quo iure ex constitutionib. voluntas quævis militis rata est, l. i. ff. eod. l. i. sup. De hac re distinguitur hoc rescripto. Aut enim militi nulla causa iusta manumittendifuit, aut fuit aliqua ex iis, quæ lege comprehensæ sunt. Si nulla non magis miles testamento seruum manumittere potest, quam paganus. Lex enim Ælia Sentia prohibet manumissionem, idem confir- matur l. si a milite. §. antea. ff. eod. l. 3. ff. de manum. test. id efficitur verbis L. Sentia: nam hæc cauet de omnib. minoribus, proinde & de militibus, & cum vetat seruum manumitti aliter, quam vin- dicta, aperte etiam testamento manumitti.

Sed hoc loco opponuntur constitutiones posteriores Imperatorum, quibus generaliter rati habetur suprema voluntas mi- litis, & non abique re hæc constitutiones opponuntur; quoniam posteriores sunt. Constitutiones ꝑ autem posteriores prio- ribus legib. derogant, si contrariæ sint, l. sed & de legib. Respondeo: Quod dicitur posteriores leges contrarias derogare prioribus, sic intelligendum est nisi posteriores sint generales. priores autem sint de specie ad id genus pertinet. Nam quoties id accidit, om- nium legum interpretatione hoc seruatur, vt semper generi per speciem derogetur, id est, lex specialis ex generali æstimetur, quasi quæ contineatur generali constitutione. Atque ita fit, vt spe- cialis valeat, sed nec nude huic contraria, cum generali non con- tineatur non quidem ex verbis legis posterioris, sed legis sen- tentia, l. in toto de regul. iur. l. sanctio. de penis. Hæc tales autem leges sunt, quæ hic proponuntur tanquam contrariæ. Nam constitu- tiones Imperatorum, quæ liberam potestatem testandi militi- bus concedunt, generales sunt, de omnibus rebus, quæ in testa- mento spectari possunt, vt obseruetur legis alia sententia de vna minima specie eorum rerum, nepe de serui manumissione; pro- inde ea constitutionibus derogat, vel potius ex constitutionibus ex- emta est.

Quod si militi vna causa fuerit manumittendi serui iusta, li- bertas competet seruo iusta ex testamento militis, id est ex L. Ælia Sentia, nepe vt per heredem manumittatur vindicta: nam L. Ælia Sentia eam manumissionem exigit, sed cum manumissus seruus erit vindicta; tam en ea libertas competet illi ex testamen- to militis directo, quasi à milite manumissus esset & non ab he- rede: atque ꝑ ita fiet libertus testatoris, qui appellatur Orcinus, non autem libertus heredis, §. pen. Instit. de sing. reb. per fideic. re- lict. In quo notatur discrimen inter paganum & militem in extre- mo huius rescripti. Nam minor paganus si iustam causam manu- mittendi serui habeat, eum testamento manumittere potest, sed solum per fideicommissum, vt scilicet roget heredem suum, vt seruum eum manumittat vindicta. iuxta L. Æliam, l. minor. infi. de fideicom. libert. quo casu seruus manumissus non accipit liberta- tem ex testamento, id est, recta sed accipit ab herede, sique eius libertus, d. §. pen. de sing. reb. & c. Quod in milite contra fieri dixi- mus.

Ad L. Ex testamento. 5.

Imp. Alexander A. Zozomeno.

*Ex testamento militis, siue adhuc in militia, siue intra an- num missus honeste decessit, hereditas & legata omnibus, qui- bus relicta sunt, d. bentur: quia inter cetera, qua militibus con- cessa sunt, liberum arbitrium, quibus velint, relinquendi su- premis iudicis suis concessum est: nisi lex specialiter eos prohib- uerit. Dat. 17. Kal. Febr. Iuliano. II. & Crispino CC. Coss. 225.*

intellexerunt veteres, quam etiam ob causam & huic incoit modo remedium quaesitum est, de quo mox dicam. Quod sane non alio spectat, quam, ut quamuis reuera ambo litigatores possideant sententia iudicis, tamen vnus possessor constituatur, ut sic iudex deinceps possit de proprietate cognoscere. Est autem id remedium: quod subiicitur in hac leg. vnica, illis verbis; *Ac si satisfationis, vel transferenda possessionis edicti perpetui forma seruata de proprietate cognosceret.* His verbis, inquam, traditur remedium id, quod iam dixi. Remedium tale est: Vnus ex litigatoribus offerat alteri satisfationem iudicatum solui, qua continetur, ut caueat se rem controuersam curaturum, & si aduersarius de proprietate vincet, se ei & rem & fructus & omnem causam restitutum; quoniam scilicet ita iudicabitur, id est, condemnabitur. Si recipitur hæc satisfatio ab eo, cui offertur, qui ita satisfabit, solus possidebit. Si non satisfabit, transferetur ab eo possessio in aduersarium eadem conditione; si & ipse vice mutua satisfabit: quo casu & ipse solus possessor habebitur. Ita plane intelligitur, vter sit possessor, vter petitor. Atque id ita fieri debere docet forma huius satisfationis edicto perpetuo constituta. Hæc sententiam esse huius loci interpretor: quam conuenientem esse huic loco, intelligi potest ex iis, quæ de satisfationibus huius generis referuntur titul. *Instit. de satisfat. in princ.* Illic traditur, à possessore, qui rei vindicatione conuenitur, olim exigi solitam satisfationem iudicatum solui. Exigi autem solitam hanc edicto perpetuo, licet existimare ex eo, quod & ceteræ satisfationes, de quibus illic agitur, edicto perpetuo iniungebantur: argumento sunt satisfationes, quæ à procuratoribus & defensoribus illic exiguntur: de quibus edicto de procuratoribus comprehensum esse constat. Quo minus autem dubitemus eam satisfationem hoc loco accipere, Aconius faciet, qui testatur eam ipsam usurpari solitam in lite vindiciarum, id est, in lite, quæ est de possessione, de qua ipsa nūc agitur. Sic enim ille scribit in 3. *actione in Verrem.* Vindiciarum lis est, cum litigatur de ea re apud prætorem, cuius incertum est, quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisfat pro præde vindiciarum aduersario suo, quo illi satisfaciatur nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium est. His verbis non aliam plane satisfationem significat, quam illam ipsam iudicatum solui, quæ olim exigebatur à possessore. In quo ius illud vetus superius, quod existare dixi in Institutionibus, aperte confirmat. Potest tamen videri Aconius loqui de alio genere satisfationis: propterea quod satisfatio iudicatum solui præcipue concepta est de re restituenda & iudicatio faciendo. Aconius autem meminit eius satisfationis, qua possessor hoc solum cauet, nihil se in re possessa deterius facturum. Sed nihilominus his verbis idem illud prius sensit: certe sentire debuit. Quo enim de re recte tuenda cauere aduersario; si hæc illi restitui aliquando non debet? Quod si ei vincenti restitui debet; omnino & de re restituenda, ac iudicatio faciendo ei cauendum fuit. Ita fit, ut de ea satisfatione Aconius sentiat, quæ dicitur in vsu iuris *Iudicatum solui*: ea ipsa, de qua apud Iustinianum scriptum esse ante dixi, & de qua in controuersia possessionis hoc loco Imperatores senserunt. Quid, si ambo litigatores volent satisfare, ut sic possessionem apud se retineant? Dicendum est eum in satisfando præferri, cui satisfatio oblata est ab aduersario, ut fit, cum ad tutelam gerendam vnus ex pluribus tutoribus satisfationem offert aliis contutoribus suis. Nam is præferretur in satisfando, cui satisfatio oblata est, ut is solus tutelam administret, ut declaratur in §. 1. *Instit. de satisfat. tut.* Quid, si is, cui satisfatio oblata est, non satisfaret? dicemus ab eo possessionem transferri in eum, qui obtulit. Docet id forma in omnibus edictis satisfationem alicuius rei causa exigentibus seruata: qua placet non satisfantis pœnâ hanc esse, ut denegetur ei id, propter quod satisfatio exigebatur. *l. mutus. §. pœna. ff. de proc.* Indicat & forma seruata in iis causis; in quibus à possessore exigitur satisfatio. Vt, eum heredem; à quo res fideicommissæ petebantur, cum appellasset, constitutum est cauere debere, ut ante sententiam: si non caueat, placet ad aduersarium possessionem transferri debere. *l. §. 1. ff. de leg. seu fid. no. cau. Paulus lib. 1. sentent. tit. de satisfat. in pr.* Sed adiciemus hac lege transferri possessionem in aduersarium, si & ipse satisfaret ei, à quo possessio transferretur. Quod quod dem hic prætermisimus est: sed satis intelligitur illis verbis, quibus iubetur forma edicti perpetui seruari. Intelligimus enim edicti hanc formam fuisse, ut is quoque vice mutua satisfaret, in quem possessio transferretur, quia edictum sic iubebatur possessorem, si satisfaret iudicatum solui. Sed dubitatio sublata est *d. l. §. 1. ut leg. no. cau.* vbi nominatim ita trans-

fertur in aduersarium possessio, si ipse satisfaret. Vter autem satisfabit, hic solus pro possessore habebitur. Ita fiet, ut iam possit præses de proprietate cognoscere, ut hic dicitur, non ante, quoniam hoc non constituto vter possessor sit, petitoria actio de proprietate, ut ante diximus, institui non potest. Ex quibus intelligitur, interpretationem superiorem & verbis conuenientem esse, & formæ veteris dicti consentientem vtilem; & ad perplexitatem, quæ hic incidit, remouendam quam maxime accommodatam: proinde si nihil aliud euidens contra proponatur, quam maxime retinendam.

Sed animaduerto ei duo obiici posse: de quibus sigillatim respondebo. Primum illud ipsum ius, quod de hac satisfatione ducimus ex tit. *Instit. de satisfat.* Esto enim, fuerit ius illud vetus, quod dixi, ut à possessore exigeretur satisfatio iudicatum solui. At hoc ibidem sublatum est in §. *sed hodie.* Illic enim nunc eam non exigi scriptum est, cum quis actione in rem conuenitur.

Sed sciamus, nihil his verbis de iure superiore in hac specie, de qua agimus, immutari. Scriptum enim id est in ea specie, cum vnus tantum ex litigatoribus possessor est, & de eo constat. Hic enim demum est, qui in rem actione conuenitur, §. *remenda. Instit. de interd.* Ab eo vero possessore recte hodie receptum est, satisfationem istam iudicatum solui non exigi. Fit enim illi iniuria, si dum non satisfat, possessio illi aufertur, quæ ipsius erat: & præsertim si non possit satisfare. Sed et si possit & nolit, tamen iniuriosum est satisfationem ab illo exigere. Nemo enim aliena petitione & alieno facto onerari debet. *In causa. in fin. princip. ff. de procur.* Est etiam contra hoc interdictum, quod tuetur possessio in rem. *l. 1. §. penult. ff. eod.* Nam si possessio ei aufertur, possessorem non tuemur: si satisfat, & ita apud eum manet possessio, ne sic quidem eum tuemur: hoc enim est non possidentem tueri, sed satisfantem. Bene igitur, ut dixi, ab eo, quem solum possessorem esse constat, satisfationem iudicatum solui non exigimus, de quo in dicto §. *sed hodie.* scriptum est. Sed alia causa est, cum duo sunt possessores. Hic vno satisfationem offerente, ab altero satisfationem exigimus, aut ab eo possessionem transferimus, quia hic necessaria est ista satisfatio, ut constituatur vnus, qui solus pro possessore habeatur: quo non constituto, ut ante dixi, petitoria actio institui non potest. Neque fit alteri non satisfanti iniuria, quoniam si is de proprietate vicerit, satis ei & de re & de fructibus, atque omni causa cautum est per satisfationem. Porro in hac lege agi de his, qui ambo possident, primum declarant illa verba, *cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possideris.* deinde, quod satisfatio ea de causa hic exigi videtur, ut sic præses de proprietate possit cognoscere. At hoc tunc solum facere necesse est, cum ambo possident, ut sic per satisfationem vnus possessor constituatur, non est tunc necesse, cum constat vnum tantum esse possessorem, quoniam & sine satisfatione vlla aduersus eum potest rei vindicatio institui.

Alterum etiam incommodum obstat superiori sententiæ. Nam si eum, qui satisfat, possessorem constituimus, adimimus alteri commodum possessionis, cum iubemus eum petitoris partes sustinere: quod commodum illi adimi non debuit, cum possessor fuerit. Sed facile vitiat hoc incommodum, si quis ex litigatoribus antiquiorem possessionem habeat cum titulo, quamuis nec satisfationem offerat. Nam hic semper potior erit in causa proprietatis, siue ipse satisfabit, siue aduersario satisfante petitoris partibus fungetur. Cum enim duo rem aliquam à duobus non dominis acceperunt, is potior est, qui solus possidet. Si ambo tenent, is tuendus est, qui primum cœpit possidere. *l. si ea res. §. vlt. ff. de act. em.*

Cum hæc interpretatio conuenientissima est huic loco, tum vero ut solam huic loco conuenire putem, hac collectione summa confirmatus. Nam si ex duobus litigatoribus vnum volumus esse possessorem, alterum rem, eumque vinci de possessione, & hic locum esse putamus illi satisfationi, de qua hic agitur, necesse est eam aut à victo exigamus, aut à victore eodemque possessore. A victo nulla est, quæ exigatur, nisi hæc, ut satisfaret, se possessorem eundemque victorem non impediturum, quo minus possideat. At hæc cautio in seruitutibus tantum exigitur, quod exemplum ad res corporales transferendum non est, ut supra docuimus. Sed & in seruitutibus cautio tantum exigitur in hac specie, non satisfatio, ut patebit ex iis locis, quos de hac re citauimus: nunc autem de satisfatione hic quaeritur. Sed nec à reo victo exigitur translatio possessionis, quauis iuste possideat. Et si enim is possideat vi ab actore, quo nomine & ab eo victus est

tamen possessio in actorem non transferetur ex hoc interdicto; quoniam non est interdictum recuperandæ possessionis. l. 1. §. est igitur. ff. eod. Itaque cum hanc sententiam posuisset Franciscus Duarenus lib. 1. Disput. capit. 21. merito videtur notatus à Barone hoc titulo: item à Cuiacio lib. 1. recept. sentent. Pauli tit. 1. de satisfatione. Quamquam in posteriore reprehensio ferenda non videatur, quod cum hanc sententiam etiam cum conuitio auctoris infectatus esset; tamen postea eam ipsam sententiam non tantum consignauit literis, sed etiam à seipso dissidens pluribus verbis confirmare conatus est, lib. 1. Obseruat. cap. 22. sed frustra. Nam semper hoc tenebimus, hoc interdicto amissam possessionem non recuperari, eoque ab eo, qui vi possidet, possessionem hoc interdicto non transferri. Quod si à victore, eodemque possessore, qui solus possessor declaratur, satisfationem hanc exigemus: aut erit satisfatio iudicatum solui, quam Accursius intellexit, aut satisfatio de re seruanda, qualis à possessore hereditatis exigitur. l. 5. ff. de pet. her. vt sunt interpretati Baro & Cuiacius superioribus locis. At satisfationem iudicatum solui intelligere non possumus: hæc enim in hac specie hodie non exigitur. d. §. sed hodie. Inst. de satisf. Illam alteram multo minus. Primum; quia quibuscunque in locis satisfatio illa à possessore exigitur, ex ipsa lectione constabit exigi eam à possessore hereditatis, vt d. l. §. de pet. her. l. de bonie. §. vt. ff. de Carb. edit. l. ex libero, §. vt. ff. de quest. Cur à possessore hereditatis tam constanter, nisi vt intelligeremus à possessore rerum singularum in iudicio de proprietate eam nõ exigere? arg. in l. ex eo. ff. de testib. Tum autem cur à possessore hereditatis hæc satisfatio exigatur, certa ratio est. Sunt enim in hereditate res multæ, quas vendi oportet multis de causis: in quibus distrahendis deminui hereditatem iniquum est sine satisfatione, qua petitori caueatur: vt declaratur pluribus in d. l. §. de pet. her. Cessat hæc ratio, cum res vindicatur: neque enim ea alienatur, neque alienari potest in fraudem eius actoris, qui se dominum contendit, vt proinde aduersus id periculum, quod nullum est, superuacua sit satisfatio. Quæ si ita sunt, conficitur, quamdiu vnus ex litigatoribus possessor est, & id constat, ei satisfationi, de qua hic agitur, locum esse non posse. Atque hoc rursum si ita est, relinquatur ei tunc solum locum esse, cum ambo litigatores possiderent, eamque in hac perplexitate instituendæ petitionis explicanda satisfationem esse iudicatum solui, quæ ab alterutro exigatur, vt constituatur scilicet vter sit possessor, atque hoc ita constituto, sic deinde de proprietate agatur, de qua agi, nisi aduersus possessorem, non potest.

## AD TITVLVM VII. COD. DE TABVLIS EXHIBENDIS.

L. vnica.

Imp. Valer. & Gallien. AA. Germano.

*Si in potestate patris fuerunt impuberes filii, & vos eis estis substituti, atque ita ad vos intra pubertatem illis decedentibus capis hereditas pertinere: de exhibendis testamenti tabulis interdicto uti potestis. PP. 7. Kal. Maii Seculari & Donato Coss. 261.*

### S V M M A R I A.

- 1 De tabulis ad causam testamenti pertinentibus propositum interdictum de tabulis exhibendis. Tabularum verbum.
- 2 Ad causam testamenti pertinere quid.
- 3 De imperfecto testamento an competat hoc interdictum, & l. 1. §. siue autem, item l. 2. §. 1. ff. de tab. exh. conciliata cum Africano in l. si quis legatum. ff. ad l. Cor. de fal.
- 4 Relictæ tabule quæ.
- 5 Interdictum aduersus eum, penes quem sunt tabule, aut qui dolo fecit, quo minus essent: & hi qui.
- 6 Hæc tamen aduersus istos, si negent penes se esse, aut fuisse, aut negent aduersarii quidquam interesse.
- 7 Et competere hoc interdictum, qui tabulis, de quibus agitur, quid adscriptum habet: & qui in hac causa.
- 8 L. vnica. C. hoc tit. sententia.

9 Heredes & legatarios de tabulis exhibendis agentes probare posse tales esse etiam non inspectis verbis testamenti; quia hic non fit controversia ex testamento, sed de testamento.

10 Tabulas exhiberi ex hoc interdicto huc spectare, vt testes signa sua recognoscant, atque his recognitis tabularum fides confirmetur.

11 Hoc interdictum arbitrium esse: hinc præcedere iussum iudicis de tabulis exhibendis; cui si non pareatur, sequi condemnationem in id, quanti actoris interest, alias vere, alias iureiurando in litem estimatum.

12 Hoc interdictum ideo necessarium fuisse; quia in eam speciem, de qua hoc interdictum agitur, nulla alia actio fuerit, & quid distet ab actione ad exhibendum, & ea parte edicti, quemadmodum testamentum aperiantur.

Sive huius rescripti, quod hic ponitur, rationem querimus, siue illud, quomodo interdicto de tabulis exhibendis recte utamur, quod inscriptio pollicetur: vtraque de causa faciendum est, vt huius interdicti sententiam cognoscere debeamus. Eam igitur paucis exponam. Existat interdictum in l. 1. in pr. ff. eo. In quo hæc obseruanda sunt: Quibus de rebus datur: Aduersus quem: Cui: Cuius rei gratia: Quæ hic condemnatio & officii iudicis.

Datur de † tabulis, quas quis ad causam testamenti sui pertinentes reliquit. Tabularum verbo omnis materia intelligitur, in qua reliqu scriptum est, quod pluribus verbis explicatur in l. 1. de bon. pos. sec. tab. Veteres primum tabulis vsi sunt ad scribendum. Hinc nomen natum. Res mutata est postea, nomen mansit. Inde illa: Bonorum possessio contra tabulas, & secundæ tabulas. §. 1. Inst. de bon. pos. Et primæ & secundæ tabulæ, de patris & filii testamento, l. 2. §. interdum. l. patris. & passim. ff. de vulg. & pupill. subst.

Ad † causam testamenti pertinere dicitur, quidquid ab alio quo ita scriptum est, vt pro testamento esset, aut ad testamentum pertineret, vt codicilli, & quæcunque sunt scripturæ, quibus aut ad iicit testator testamento, aut obicitur scriptum interpretatur.

Ergo de his omnibus hoc interdictum est. l. 1. §. hoc interdictum. ff. eod. Non distinguitur in interdicto, vtrum iustæ sint, an iniustæ tabulæ: plures, an vnæ: primæ, an postremæ. Ex quo intellectum est, ad istas omnes hoc interdictum pertinere, vt pluribus verbis explicat Vlpianus in l. 1. §. siue autem. & in fin. & l. 2. & 3. in pr. ff. eod. Idem traditur in l. 2. ff. quem. test. aper.

Illud † visum est hoc loco pluribus explicare, quod de imperfecto testamento, quod signatum non est, queritur, an & de eo hoc interdictum locum habeat. Negat enim Africanus in l. si quis legatum. ff. ad leg. Cor. de fal. Vlpianus autem contra in l. 1. §. siue autem. ff. hoc rit. ita scribit: Itaque dicendum est ad omnem omnino scripturam testamenti, siue perfectam, siue imperfectam hoc interdictum pertinere. Vera est Africani sententia; quoniam quod testamentum non est signatum, non tam inutile est testamentum, quam nullum. Interdictum autem tabulas testamenti exigit. Non aduersantur supra scripta verba Vlpiani: Imperfecta enim scripturæ verbo apud illum intelligere debemus id testamentum, quod signatum est, sed alias iure non valet. Etsi enim dicat, interdictum pertinere ad omnem omnino etiam imperfectam scripturam, quibus verbis omne testamentum imperfectum comprehenditur: tamen non simpliciter dicit ad omnem scripturam, sed adiecit testamenti. Hoc verbo satis testamenti non signati tabulas excluditiam enim dixi; aperte non esse testamentum, quod signatum non fuit. Vnde nec ex eiusmodi testamento dat prætor bonorum possessionem secundum tabulas: quam tamen ex omni testamento rite signato, quamuis alioqui iure ciuili non consistat, pollicetur. §. non tamen. Inst. quib. mod. test. in fin. l. 1. §. pen. & vt. ff. de bon. pos. sec. tab. Videndum tamen, ne idem Vlpianus in l. 2. §. 1. ff. quem. test. ap. etiam imperfecta testamenta, quæ signa testamenti non habent, dicat abusuue testamenti dici, & ad causam testamenti videri pertinere, quibus verbis hoc interdictum conceptum est: sic n. scribit: sed abusuue testamenta ea quog, appellamus, quæ falsa sunt, vel iniusta, vel irrita, vel rupta: item, imperfecta solemus testamenta dicere. Hinc imperfecta distinguit a prioribus: quæ si distinguiimus, non possunt imperfecta alia intelligi, quam quæ signata non sunt. Priora vitia sunt aut ex persona testatoris, aut ex præteritione liberorum, aut ex his, quibus postea testam. etia infirmantur. Quibus exceptis, solum id vitium relinquatur, quod est ex solemnibus testamenti ommissis. Nec pro item, quod legitur in Pand. Flo. recte legetur, itaque, vt in hac collectione, seu illatione intelligamus eadem testamenta, de quibus prius locutus erat; quoniam ineptissima esset hæc collectio & nugatoria ea, quæ iure

cœpit experiri interdicto *Vri possidetis* forte post duos tresue annos, aut amplius: unde & vetus possessor exceptione de vi diu post annum vitur. Hic ergo quæritur, † an hæc exceptio etiam post annum ei competat. Mouet, quod ei post annum interdictum aduersus vim nõ competit, vt dici possit par esse nec competere exceptionem. Hic rescriptum est, diuersam esse interdicti *Vnde vi* & exceptionis *Vnde vi* causam. Interdictum non competere, nisi intra annum, exceptionem de vi esse perpetuam. Differentiæ ratio à Paulo exposita in *l. pure. §. vlt. ff. de doli mali except.* ad hanc sententiam: merito interdictum *Vnde vi* anno finiri, quia nisi actor intra annum eo sic vsus, ipsius culpa sit, cui non est succurrendum: potuit enim intra annum experiri, & noluit. At exceptionem de vi perpetuam esse oportere, quia hac vi non potest reus, nisi actor voluerit, id est, egerit, vt actor exceptione excluderetur: non est autem in potestate rei, quando actor experitur: proinde nec in eius potestate, quando vtatur ea exceptione: vt si ea vsus non est, nihil sit, quod debeat ei imputari. Nihil est enim, vt idem alibi scribit, quod possit imputari ei, qui quid facere, etiam si vellet, non potuit. *l. cum quidam. §. si pupillo. ff. de vsur.*

*L. Prescriptionem. 8. & L. Si quidem. 9.*

Idem AA. & CC. Aurelio.

*Prescriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omisissam, priusquam sententia feratur, obijcere quandoque licet. S. 15. Kal. Nouemb. CC. Coss.*

Idem AA. & CC. Mutiano.

*Siquidem intentionem actoris probatione deficere confidit, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseueras, de hac tantum agi conuenit. Nã si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tum demum, cum intentionem suam secundum asseuerationem suam petitor probauerit, huic esse locum monstrari conuenit. S. 3. Non Non. Burtadizi. CC. Coss.*

### S V M M A R I A.

- 1 Exceptionem non esse necessariam, vbi licet tunc intentionem actoris negare.
- 2 Exceptionem initio contestandam.
- 3 Licere reo & intentionem negare, & simul opponere exceptionem, si de intentione dubitet.
- 4 Exceptionem tunc solum probandam, cum actor intentionem suam probauerit, si quidem & eam negauerat reus.
- 5 Auth. at qui semel ad exceptionem in iudicium deductum non pertinere.
- 6 Exceptionem sic contestandam initio, vt non contestatam non liceat reo postea opponere.
- 7 L. peremptorias. C. sent. resc. non pos. explicatur.
- 8 Dilatorias exceptiones ante litem contestatam opponi & decedi: & ad l. pen. & vlt. hoc tit.
- 9 L. exceptionem. C. de prob. sua integritati restituta, & explicata.
- 10 Exceptiones initio contestandas, dictum de strictis iudicijs: ad bona fidei iudicia non pertinere: & hoc, quid sit.

*L. Si pactum. 6.*

Idem AA. & CC. Helenæ.

*Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis præfinitione de dolo replicare potes. S. Kal. Sept. Viminacij. AA. Coss.*

### S V M M A R I V M.

- 1 Replicationem omnem vt exceptionem perpetuam esse, quamuis ex ea causa, ex qua actio nata esset temporalis: & cur: quod & exemplo declaratur.

Sententia est: Si pactum creditoris intercessit, quo ille pactus est, ne à debitore peteret, & is aduersus eius pacti exceptionem replicationem doli habuit, ea replicatione vti poterit sine præfinitione temporis, id est, perpetuo, idque in exceptione, id est, in quæstione de potestate exceptionis, seu in quæstione, in qua quæritur, an exceptio pacti illi nocere debeat, an non.

Quod † hanc significationem habet in summa, vt quæ admodum exceptio perpetua est, quia inuis actio ex eadem causa nata tempore finitur, quod superiore rescripto traditur, vbi & rationem reddidimus: ita & aduersus exceptionem replicatio sit perpetua, quamuis sit replicatio doli, cuius nomine actio prodita nõ nisi intra annum vtilem, vt olim: vt hodie, intra biennium continuum competit. *l. vlt. sup. de dol.* Quod & ipsum eandem rationem habet. Vt enim non est in potestate rei, quando cum eo agatur, & actio exceptionem opponat: sic non est in potestate creditoris, quando reus exceptione vtatur, vt aduersus eam creditor se defendat replicatione. Fingi hoc modo: Creditori debentur centum mutua, aut ex stipulatu. Cum is heres esset, & ignoraret, quantum reuera deberetur, debitor persuasit ei tantum quinquaginta se debere: quibus solutis impetrauit à creditore, eodem que herede veri creditoris, vt pacifceretur, se nihil amplius à debitore petiturum. Dicemus, si creditor errore suo comperto reliqua quinquaginta petat, quamuis post decem aut viginti annos id faciat, nihilominus recte petiturum: & si summoneatur pacti superioris exceptione, eum opposita doli replicatione exceptionem infirmaturum; nec illi obfuturum, quod post tam multos annos replicatione vtatur, quia etsi actio de dolo temporalis sit; tamen exceptio doli sit perpetua. Quod si exceptio, etiam replicatio; quia replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones. *l. 2. ff. eo.*

*L. Si ex maiore. 7.*

Creditor deceptus, aut errore suo inductus si pacifcatur se à debitore suo nihil petiturum, quasi iam ab eo nihil deberetur, cum deberet: non prohibetur vetere actione experiri, quæ pacto non est remissa. Cui si obijcietur pacti exceptio, replicatione doli recte se tuebitur, & exceptionem elidet. *Institut. de repl.* Quam ad rem licet vti ea specie, quam in superiore rescripto modo retulimus.

DE exceptione constituimus initio, eam esse defensionem, quæ actioni opponi debeat. *l. 2. ff. de except.* In ea hæc sunt partes rei, qui exceptione vitur, vt exceptionem velut intentionem probet. *l. in exceptionibus. ff. de prob.* Circa hanc oppositionem & probationem quatuor quæstiones sunt, quæ his duobus rescriptis deciduntur. Primum quæritur, an semper consultum sit reo exceptione vti, seu exceptionem opponere. Monemur † hic in *l. si quidem. 1. in pr.* non semper esse consultum: non enim necesse esse tunc, cum falsa est intentio actoris, & scit reus eam ab actore probari non posse: quo casu sufficit reo ad omnem defensionem negare, vt, si actor dicat, se decem mutua dedisse, quod probare nõ possit, sufficit reo negare se accepisse, idque, vt dixi, ad omnem defensionem rei est satis. Nam actore non probante reus absoluitur, etsi nihil ipse præstiterit, id est, etsi neq; exceptionem allegarit, neq; allegatum probauerit, *l. qui accusare. sup. de eden.* Quod si actor aut intentionem probare potest, aut dubitat reus: an possit, hic deum consultum est exceptione se tueri.

Secundo loco quæritur, † si exceptio opponenda est ad defensionem rei quando opponi debeat. Et placet his rescriptis, initio esse opponendam, denique exceptionem contestandam esse, vt si initio exceptionis contestatio habita non sit, sed reus tantum negauerit se debere, non possit postea eandem exceptionem in iudicio opponere: quod quam verum sit, qui paulo obsecutus est, & quibus in iudicijs valeat, amplius postea seorsim dicemus.

Tertio † loco quæritur, quomodo exceptio opponenda sit: an ita, vt reus de intentione aduersarij confessus exceptione vtatur: an vt simul & negare possit intentionem aduersarij, & exceptionem opponere. Et placet, eum alterutrum facere posse, prout sibi expedire existimabit. Id autem sic expediet, vt si sciet veram esse intentionem aduersarij, vltro de ea confiteatur, & recta exceptione vtatur: sin ignorabit, aut de eo ambiget, tum & neget intentionem, & ne forte vera postea probetur, exceptionem opponat, vt puta, si ei decem mutua data sint, de quibus actor probare possit, & ea ab eo petantur, recte ita dicet, fateor me decem mutua à te accepisse, sed



sed postea ita inter nos transactum est, ne amplius ita peteres. Quod si de intentione actoris dubitabit, hic recte faciet, si primo neget, pecuniam mutuo datam esse: deinde exceptionem subiciat, ut dicat hoc modo, et si decem mutuo dederis, tamen de ea re inter nos postea transactum est.

Postremo quaritur, si exceptionem oppositam quando reus probare debeat: an statim ab initio, quemadmodum ab initio exceptio opponenda est, an autem postea. De hac re distinguitur in *l. siquidem. hic.* ut si reus de intentione actoris confessus exceptionem pacti opposuit, de exceptione statim dari & probari oporteat. Non enim debet reus probationem intentionis exigere, de qua vltro confiteretur. Confessi in iure, in eo, quod confitentur, pro iudicatis habentur. *l. vnica. sup. de confes.* Quod si reus negauerit primo intentionem, & praeterea exceptionem obiecerit, hic probationis ordo est, ut actor prius intentionem suam probare debeat, nec ante reus debeat probare exceptionem, quam actor de intentione probavit: quo fit, ut interim exceptio opposita omitti possit, id est, deferri: quae interim ab initio omissa postea opponi ad disceptationem possit quandoque ante sententiam. Hoc in extremo *l. siquidem.* & ea pars est potissimum, quae est expressa *l. praescriptionem. hic.* Huic parti opponitur *auth. at qui semel. sup. de prob.* vbi cautum est, si reus cognouerit intentionem, & in intentione probationem aduersarij, eum amplius testes producere non posse, ne postea aliquid falsi in iudicio molliatur. Cui constitutioni consequens est, ut cognitio & publicatio testimonij aduersarij, non possit reus exceptione vti, quia exceptio sit ei inutilis, nisi in eam testes producat: quod illum facere constitutio prohibet. Sed animaduertendum est haec in illa *auth.* recte dici de ea exceptione, quae in iudicium deducta non sit. Quod si qua exceptio in iudicium deducta sit litis contestatione, haec ad constitutionem Iustiniani non pertinet: non enim metuimus in ea periculum subornationis, cum iam ab initio iudicij reus testatus sit se hac exceptione vti velle.

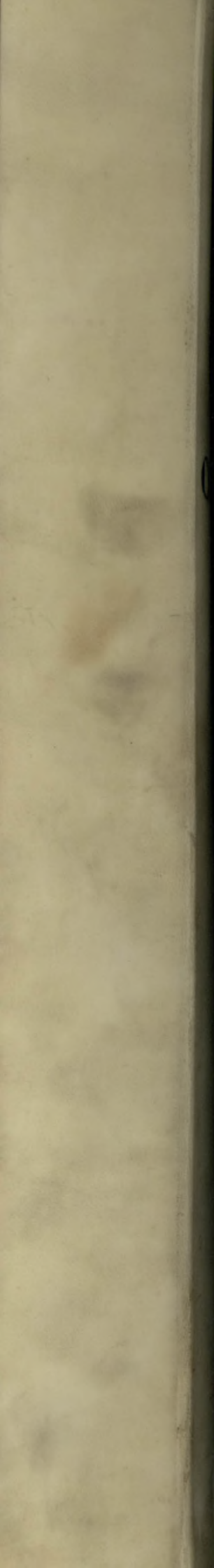
Illud in his praecipua animaduersione indiget, quod supra posui, exceptionem initio in lite contestanda opponendam esse, & ut his rescriptis dicitur, exceptionis contestationem esse habendam. Hoc enim eam vim habet, ut si exceptio contestata non sit a reo, qui prius inficiatus sit se debere, is eam postea in eo iudicio opponere non possit. Atqui ea sententia vulgo veterum interpretum non agnoscitur. Quare ne de ea dubitetur, recte fecerimus, si eam paucis adstruamus. Probatu vero non obscure tribus his rescriptis, quae sub iudicio. Primum *leg. siquidem. hic.* vbi dicitur, habita exceptionis contestatione, deinde suo tempore monstrandum huic exceptioni locum esse. Haec verba, *habita exceptionis contestatione*, hoc expriment, si exceptionis contestatio habita sit.

Verum est enim, quod vulgo dicitur, ablatiuus absolutus in conditionem resoluit. Ut, heres accepit centum nummis hereditatem Titio restituas, perinde valet, ac si dictum esset, restituas, si centum nummos acceperis. *l. a testatore. ff. de cond. & dem.* Probatu praeterea *l. praescriptionem. hic.* & *l. emptor. g. sup. de praescript. long. temp.* quorum locorum in vtroque scriptum est, exceptionum peremptoriarum contestationem haberi sufficere. Haec verba, *contestationem exceptionis haberi sufficit*, duo continent. Primum exceptionis contestationem saltem haberi oportere: alterum, si exceptio contestata sit, nihil amplius requiri, id est, non requiri statim exceptionis probationem: nam haec, ut declaratur in hac *l. praescriptionem & l. siquidem.* contestata omitti potest donec actor probauerit. Esse autem istam significationem superiorum verborum, argumento haec sunt. In *l. i. §. vlt. ff. de pec. const.* ita scriptum est: *debitum autem ad constitutam obligationem vel natura sufficit.* His verbis hoc declaratur, si quid debeat etiam natura, id recte constitui: sed tamen saltem natura debitum esse oportere. Item in *l. nam sufficit. ff. de dolo.* cum dicitur, *nam sufficit periurij poena:* hoc dici intelligunt omnes poenam quidem periurij statutam esse aduersus eum, qui periurio suo aduersarium decepit: sed cum haec poena praescripta erit, nihil amplius statui debere aduersus eum, qui petierat. Praeter haec confirmatur haec sententia eidenti ratione iuris & veteris & noui. Ius verus ita est, ut extra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non possit. *l. vlt. fundus. ff. comm. diuidum.* Nihil autem deducitur in iudicium, nisi quod litis contestatione deducitur. *l. vnica. sup. de litis contestat.* Quare de nulla exceptione iudex cognoscere potest, nisi quae litis contestatione in iudicium deducta fuerit. Vnde & quaedam iudicia stricta sunt appellata. §. *actionum autem. Institur. de act.* Ideo enim stricta, quia

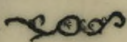
iudex adstrictus sit formulae iudicij, id est, iis rebus, de quibus lis contestata est, & quae per eam contestationem iudicio sunt subiectae, ut viri eruditi omnes consentiant: quod primus diligenter & erudite differuit Franciscus Duarenus in commentario de *in litem iurando.* Sed & ius nouum ex Nouell. Iustiniani eodem efficere videtur, nempe *auth. at qui semel. sup. de prob.* vbi ut supra dixi, Iustinianus vetat cognitio testimonij actoris, ne reus testes producat in eam causam, ne scilicet aliquid falsi molliatur. Perspicuum est huic suspicioni affinem tantum esse eum, qui cum ab initio negasset se debere, & postea conuictus esset probatione actoris, tandem confugit ad fallam exceptionem, ad quam probandam facile testes subornare potuit: hanc autem suspicionem non cadere in eum, qui iam ab initio exceptione opposita, ea se vti velle ostenderit.

Sed si huic sententiae opponitur *l. peremptorias sup. sentent. rescin. 7 non poss.* vbi discrete scriptum est, exceptiones peremptorias ab initio omittas postea quandoque ante sententiam opponi posse. Respondeo: Initio omittas exceptiones illic accipiendas esse, non quae initio praetermissae sint, id est, quarum nulla mentio facta sit a reo: sed quae contestatae postea omittas, id est, dilatae sunt ad probationem & disceptationem. De quo ne dubitemus, id ita interpretantur, & *leg. praescriptionem. & leg. siquidem.* in quibus nunc versamur: praecipue *leg. praescriptionem.* in qua cum dicitur, *exceptionem peremptoriam contestari debere, & nihilominus initio omitti posse:* pluraquam manifestum est omitti eam dici, cuius probatio & disceptatio omittitur, id est, differitur. Differitur autem in id tempus, donec actor intentionem suam probauerit: quod posterius rursus discrete comprehensum est in *leg. siquidem.* In locis autem ambiguis & obscuris interpretandis haec lex nobis posita esse debet, ut vnus locus per tres, obscuri per dilucide scriptos interpretationem accipere debeant: quod praepostere fit ab interpretibus, qui tres illos locos, & illas rationes, quas adduxi, euertere conantur vno loco, & eo ambigue scripto. Postremo eidem sententiae opponitur exemplum dilatoriarum exceptionum.

Nam si haec nominatim iubentur opponi initio, ac praetermissae negantur postea opponi posse in *l. pen. l. vlt. hic.* Cur hoc de dilatorijs dicitur, si non est earum proprium? An non inepte, si quae ad omnes etiam peremptorias pertinet? Sane vero proprie de exceptionibus dilatorijs dictum esse concedo, quod vtraque illa lege dicitur. Sed non eo minus verum est exceptiones peremptorias initio esse contestandas. Obseruandum est enim in superioribus legibus non dici exceptiones dilatorias initio in lite contestanda esse opponendas, sed inter exordia, item initio litis: quod scintelligendum est, cum lis esse caepit in iudicio de re aliqua: verum tamen ante litem contestatam. Sic enim omnium exceptionum huius generis conditio est, ut ante litem contestatam opponi & decidi debeant, ut declaratur exemplis in his locis, *l. ita. sup. de procur. l. Pomponius. §. vlt. ff. de procur. l. sed et si suscipit. in princ. ff. de iud.* Vnde & dilatorijs dicitur, quod iudicium differant. §. *appellantur. Instit. eod.* Nihil horum nunc dicimus in exceptionibus peremptorijs. Haec initio opponendae sunt, sed in lite contestanda, ac per litis contestationem in iudicium deducendae. Sed & deductae, non statim decidendae sunt, sed omitti possunt, neque necesse est probare ante, quam actor intentionem suam probauerit. *leg. siquidem. hic.* Sed nihil agitur, dicat aliquis, his defensionibus. His enim omnibus obicitur *l. exceptionem. sup. de probat.* vbi discrete de exceptione non quauis, sed nominatim dilatoria hoc exigitur, ut opponatur quidem ab initio: probari autem postquam actor probauerit, quod adseuerat, oporteat. Vult ergo lex eam opponi in lite contestanda, & litis contestatione in iudicium deduci: cum eius probationem in iudicium ipsum, quo reus de intentione sua probauerit, differat. Id quod, si huius exceptionis proprium est, fatendum est, diuersum ius esse in exceptione peremptoria: & in eo diuersum, ut possit quidem haec exceptio initio in lite contestanda opponi, ut postea probetur, sed non sit necesse. Quod sane ita se habet, si recte legitur is locus de exceptione dilatoria. Mihi autem certum est eum locum corruptum esse, & pro exceptionem dilatoriam, legendum, exceptionem peremptoriam, ut sit eadem sententia, quae *l. praescriptionem. hic.* Non posse autem superiorem definitionem de exceptione dilatoria constare, sic euidenter potest demonstrari. Primum omnium interpretum consensu exceptiones omnes dilatoriae, quae sunt aut ex persona actoris, aut ex persona iudicis, aut de iurisdictione & foro competenti, haec, inquam, omnes nemine refragante ante litis



H. DONELLI



COMMENTARI

